



Centro Universitário de Brasília — UniCEUB
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

A criticidade dos pagamentos indevidos a servidores, ativos e inativos, e a pensionistas e a sua reposição ao Erário no Direito Administrativo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub) como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientadora: Professora Doutora Patrícia P. C. Mello.

Brasília, DF

Angerico Alves Barroso Filho

A dissertação apresentada por Angerico Alves Barroso Filho, intitulada “A criticidade dos pagamentos indevidos a servidores, ativos e inativos, e a pensionistas e a sua reposição ao Erário no Direito Administrativo”, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, à Banca Examinadora de Direito do Uniceub, foi_____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor (membro externo)

Professor Doutor

Professor Doutor

Brasília, _____ de _____ de 2017.

RESUMO

Os pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública brasileira têm dimensões mais importantes do que se atribuem corriqueiramente e a sua reposição ao Erário encontra cada vez mais obstáculo na jurisprudência do STF, STJ e TCU. Embora a disciplina legal da matéria seja clara quanto ao dever de restituição, as contradições nas deliberações desses tribunais constroem ambiente jurídico de liberalidade em prejuízo das finanças públicas. A delimitação da obrigação de repor passa necessariamente pela avaliação dos elementos erro, boa-fé, dolo e má-fé, sendo que, na configuração dos dois últimos, é sempre devida a reposição. O tratamento jurisprudencial da reposição de pagamentos indevidos sofreu verdadeira transmutação ao longo dos anos. A partir do dever de repor, inicialmente, como norte principal – até por volta de 2004 -, em que prevaleciam os princípios da legalidade e da proibição do enriquecimento ilícito, passou-se, em outro momento, a criar distinções, de modo que somente os casos de erro operacional da Administração Pública resultavam na reposição dos valores, para, por último, nem este, nem o erro de interpretação jurídica serem causa para tal restituição, utilizando-se como fundamento das deliberações essencialmente a boa-fé e a natureza alimentar das parcelas. Essa vacilação jurisprudencial – STF, STJ e TCU - atinge inclusive, ainda que em menor medida, a reposição de pagamentos indevidos fundamentados em decisões judiciais. Os pagamentos indevidos são resultado de ato administrativo viciado, e a sua invalidação é poder-dever da Administração Pública, tendo como consequência esperada a restituição do beneficiário ao *status quo ante*, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como a decadência e a irretroatividade de nova interpretação jurídica. Diante das normas vigentes que impõem a obrigação de repor, a colisão de princípios, por um lado, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a boa-fé, e, por outro, a legalidade, a vedação ao enriquecimento sem causa, a supremacia do interesse público e a eficiência, com a prevalência daquele grupo, como tem decidido o STF, STJ e TCU, gera, de modo irrestrito, como se regras fossem, excessiva valorização do interesse individual ou corporativo em detrimento do interesse público, causando enormes prejuízos à sociedade na medida em que recursos sociais escassos são capturados e desviados das políticas públicas.

Palavras chaves: pagamento indevido, reposição e servidor público.

ABSTRACT

The undue payments made by the Brazilian Public Administration have more important dimensions than are commonly attributed and their replacement to the Treasury is increasingly impeded in the jurisprudence of the STF, STJ and TCU. Although the legal discipline of the matter is clear as to the duty of restitution, the contradictions in the deliberations of these courts build a legal environment of liberality to the detriment of public finances. The delimitation of the obligation to restore necessarily involves the evaluation of the elements of error, good faith, fraud and bad faith, and, in the configuration of the last two, replacement is always due. The jurisprudential treatment of the reinstatement of undue payments has undergone true transmutation over the years. From the initial duty to restore, as the main north - until about 2004 - where the principles of legality and the prohibition of illicit enrichment prevailed, distinctions were made at another time, so that only the cases of operational error of the Public Administration resulted in the restoration of the values, so that neither the latter nor the error of legal interpretation were the cause for such restitution, based essentially on good faith and food of the plots. This hesitation in case law - STF, STJ and TCU - even affects, albeit to a lesser extent, the recovery of undue payments based on judicial decisions. The improper payments are the result of a vitiated administrative act, and its invalidation is the power of the Public Administration, with the expected consequence being the return of the beneficiary to the *status quo ante*, respecting the acquired right, the perfect legal act and the res judicata, as well as such as the decadence and non-retroactivity of a new legal interpretation. In the face of the existing rules imposing an obligation to restore, the collision of principles, on the one hand, with legal certainty, protection of trust and good faith, and, on the other, legality, the prohibition of unjust enrichment, supremacy of public interest and efficiency, with the prevalence of that group, as the STF, STJ and TCU has decided, generates, unrestrictedly, as if they were rules, excessive valuation of individual or corporate interest to the detriment of the public interest, provoking huge losses to society in so far as scarce social resources are captured and diverted from public policies.

Keywords: undue payment, replacement and public servant.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Distribuição dos pagamentos indevidos conforme o tipo de ocorrência ...	16
Quadro 2: Distribuição dos pagamentos indevidos no INSS	17
Quadro 3: Prejuízo em órgãos e entidades fiscalizados pelo TCU (Ação 1)	20
Quadro 4: Prejuízo em órgãos e entidades fiscalizados pelo TCU (Ação 2)	21
Quadro 5: Prejuízo em órgãos e entidades sob a jurisdição de TCE e/ou TCM	21
Quadro 6: Estimativa de pagamentos indevidos em atos de pessoal ilegais	22

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível
Ag – Agravo de Instrumento
AgRg – Agravo Regimental
CD – Câmara dos Deputados
CN – Congresso Nacional
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social
MCASP - Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público
MPDFT – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MS – Mandado de Segurança
NCPD – Novo Código de Processo Civil
TCU – Tribunal de Contas da União brasileiro
SF – Senado Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça brasileiro
STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro
RPPS –Regime Próprio de Previdência Social
SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira
SIAPE - Sistema Integrado de Recursos Humanos
Sefip - Secretaria de Fiscalização de Pessoal
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RJSPC – Regime Jurídico dos Servidos Públicos Civis
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RO – Recurso Ordinário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. OS PAGAMENTOS INDEVIDOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS	11
1.1. SENTIDO E ALCANCE PRELIMINARES	11
1.2. OS PAGAMENTOS INDEVIDOS E A DIMENSÃO DA DESPESA PÚBLICA.....	11
1.3. OS PAGAMENTOS INDEVIDOS E A ABRANGÊNCIA DE DIREITOS E VANTAGENS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	23
1.4. A EXTENSÃO LEGAL DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS NO BRASIL.....	30
1.5. AS HIPÓTESES DE PAGAMENTOS INDEVIDOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO....	32
1.5.1. <i>Elementos teóricos para a caracterização dos pagamentos indevidos</i>	34
1.5.2. <i>A atecnia na caracterização e o delineamento das hipóteses de pagamentos indevidos</i>	47
1.6. OS PAGAMENTOS INDEVIDOS EM DUAS NAÇÕES.....	53
1.6.1. <i>Na Espanha</i>	54
1.6.2. <i>Em Portugal</i>	56
1.7. OBJETIVO DO CAPÍTULO	57
2. A REPOSIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS	59
2.1. A REPOSIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS NAS NORMAS BRASILEIRAS	59
2.1.1. <i>A reposição dos pagamentos indevidos na jurisprudência do STF</i>	62
2.1.2. <i>A reposição do indébito na jurisprudência do STJ</i>	68
2.1.3. <i>A reposição do pagamento indevido na compreensão do TCU</i>	76
2.1.4. <i>A evolução da restituição do indébito no entendimento da AGU</i>	85
2.2. A RESTITUIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS EM DUAS NAÇÕES.....	88
2.2.1. <i>A restituição do indébito no direito espanhol</i>	88
2.2.2. <i>A restituição dos pagamentos indevidos no direito português</i>	92
2.3. A REPOSIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS NO ENTENDIMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA	94
2.4. O OBJETIVO DO CAPÍTULO E O CONFRONTO DE ARGUMENTOS E PRINCÍPIOS INFORMADORES DAS DECISÕES	96
3. A INVALIDADE E A REPOSIÇÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO COMO DECORRÊNCIA DO EMBATE DE NORMAS E DO ELEMENTO CULTURAL	99
3.1. A INVALIDADE DOS ATOS DE PAGAMENTO INDEVIDO: OS EFEITOS, A CONVALIDAÇÃO, A DECADÊNCIA E A PRESCRIÇÃO	99
3.2. A OPOSIÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	114
3.2.1 <i>A natureza alimentar das parcelas e a reposição do indébito</i>	118
3.2.2. <i>Os princípios como fundamento da (dispensa de) reposição dos pagamentos indevidos</i>	122
3.2.3. <i>Outros argumentos justificadores da (dispensa de) reposição dos pagamentos indevidos</i>	152
3.2.4. <i>O inadequado manejo dos princípios nas decisões sobre reposição de pagamento indevido</i>	157
3.3. O TRAÇO CULTURAL NA DELIMITAÇÃO DO DEVER DE REPOSIÇÃO DO INDÉBITO	168
4. CONCLUSÃO.....	172
5. BIBLIOGRAFIA.....	176

INTRODUÇÃO

Discutir, em uma dissertação de mestrado, o tema dos pagamentos indevidos a servidores públicos e pensionistas, e a possibilidade de sua reposição ao Erário apresentou-se, a priori, questão de menor importância, apesar do permanente debate travado não só no dia a dia da Administração Pública como na jurisprudência dos Tribunais.

É inegável que o assunto se insere na possibilidade de a Administração Pública dar maior efetividade, em termos de políticas públicas, aos tributos arrecadados da sociedade. Nesse sentido, sem dúvida, a corrupção é uma porta grande aberta para captura de recursos escassos, mas não menos importantes são as ineficiências decorrentes da própria gestão, na qual se pode incluir a atuação do Poder Judiciário e de outros órgãos de controle, na medida em que definem ou contribuem para que recursos públicos tenham destino sem a devida contraprestação ou amparo normativo expresso.

Esse debate acerca dos pagamentos indevidos e sua reposição envolve ao menos duas questões jurídicas imbricadas e uma prática essencial. Aquelas dizem respeito, uma, à possibilidade de a Administração Pública invalidar os seus próprios atos atribuindo a tal invalidação os efeitos pertinentes no tempo; dois, evidentemente relacionada à primeira, trata da colisão de princípios, em especial da segurança jurídica, proteção da confiança e boa-fé, por um lado, e legalidade, enriquecimento sem causa, supremacia do interesse público e eficiência, por outro.

Em que medida o princípio da boa-fé, em nome da segurança jurídica e da proteção da confiança, pode afastar o dever legal de invalidar um ato administrativo viciado e restringir os efeitos decorrentes? A boa-fé, a ser protegida nos casos de pagamentos indevidos, exacerba o direito individual em prejuízo claro do coletivo? Nesse contexto, o princípio da legalidade reflete mais adequadamente a finalidade pública?

A questão prática, prefere-se apresentar dessa forma, e que, de algum modo, também se insere no diálogo de princípios constitucionais administrativos, diz respeito à forma como se decide sobre a coisa pública, a herança patrimonialista, bem como a perspectiva dos resultados que se esperam com os recursos retirados da sociedade por meio de tributos. Relaciona-se com a essência do sentido de finalidade pública e eficiência na condução das coisas coletivas.

Várias situações, com repercussão na mídia nacional, dão o tom da importância dos valores carreados a título de pagamentos indevidos. Duas delas foram divulgadas, entre outros sítios, no Consultor Jurídico¹, o qual retrata, em notícia de 25/9/2013, auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nas duas Casas do Congresso Nacional (CN). Conforme relatado, o Órgão de controle identificou 464 servidores do Senado Federal (SF) com salários acima do teto constitucional, cujos valores pagos indevidamente nos 5 anos que antecederam à decisão somavam R\$ 200 milhões. Já na Câmara dos Deputados (CD) foram constatados pagamentos acima do teto a 1,1 mil servidores. Ainda de acordo com a publicação, estimava-se uma economia de 3,3 bilhões nos 5 anos seguintes em razão das deliberações adotadas pelo Tribunal.

Em 2017, quatro anos após as deliberações que identificaram as irregularidades e a ocorrência de pagamentos indevidos nas duas Casas do CN; o TCU, fundamentando-se em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), e revendo posicionamento anterior, dispensou os servidores do SF de repor os valores recebidos indevidamente; e ratificou a deliberação que, em igual situação e de forma contraditória, eximiu os servidores da Câmara Federal de tal obrigação.

Nos últimos 17 anos, a jurisprudência dos tribunais sobre a reposição dos pagamentos indevidos – STF, STJ e TCU - tem se modificado substancialmente, encaminhando-se para a tendência atual de dispensa de reposição dos valores em qualquer situação de erro da Administração Pública. O que, no primeiro momento, até 2004, apresentava-se como solução inadequada, atacável, até residual, ou excepcional; em 2017, apresenta-se como solução jurídica factível e que melhor respeitaria os interesses em litígio; é o que se depreende das deliberações adotadas.

Para o cidadão comum, é difícil ter compreensão de que o que se recebe indevidamente não deve ser repostado, diante de preceitos éticos que pautam, em geral, a convivência harmônica na sociedade. Por outro lado, tal perspectiva favorece um pequeno grupo (agentes públicos e seus beneficiários) que goza de um conjunto de direitos e vantagens a que a maioria da população não tem acesso.

Nesta dissertação, coloca-se em discussão não somente os aspectos

¹Sítio de reprodução de notícias: <http://www.conjur.com.br/>

jurídicos que podem delinear o encontro de uma solução mais equilibrada para a questão, mas tenta-se demonstrar a relevância do tema, o impacto na despesa pública; e que encontrar uma resposta técnica, definitiva, que não sobrevalorize aspectos subjetivos, contribui para a adequada gestão pública.

No primeiro capítulo, é apresentado o conceito de pagamento indevido no âmbito da Administração Pública e a sua importância em termos de despesa pública, os seus aspectos característicos, a delimitação legal, jurisprudencial e administrativa, além do tratamento dado ao tema nos direitos espanhol e português. O objetivo do capítulo é retratar o pagamento indevido, apresentando os elementos configuradores, a fim de tornar possível a identificação das hipóteses em que a decisão pela devolução dos valores seja a mais adequada.

No segundo capítulo, explora-se propriamente a temática da reposição dos pagamentos indevidos, fazendo-se menção ao direito espanhol e ao português no que sejam pertinentes. O foco central, além de trazer o posicionamento doutrinário, é a sistematização do entendimento jurisprudencial, a partir dos argumentos utilizados nas deliberações do STF, do STJ, do TCU, bem como da Advocacia-Geral da União (AGU). Constitui ainda objetivo do capítulo demonstrar a evolução da compreensão jurídica da matéria e a contradição observada nas deliberações adotadas no direito nacional.

Na sequência, no terceiro e último capítulo, traçam-se limites jurídicos do tratamento dos pagamentos indevidos e da sua reposição, ao considerá-los como atos administrativos viciados, sujeitos à invalidade, à decadência e aos efeitos decorrentes da incidência desses institutos jurídicos. Faz-se, ainda, a confrontação da argumentação utilizada nos tribunais brasileiros com a exposição doutrinária dos princípios utilizados como fundamento para a tomada de decisão, além de remeter ao elemento patrimonialismo na condução da coisa pública, para, ao final, concluir que é preciso um redirecionamento no encaminhamento da matéria pelos Tribunais.

1. OS PAGAMENTOS INDEVIDOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

1.1. Sentido e alcance preliminares

Não há complexidade na definição de pagamento indevido, sendo a expressão, por si só, suficiente para transmitir, de forma completa, o significado intrínseco ao fato ou à situação jurídica que busca descrever². Pode-se afirmar que se trata de valor pago em desconformidade com as normas que disciplinam o direito efetivamente devido, ao desbordar a disciplina estabelecida, e, por sua vez, incidindo em ilegalidade.

Didático é o conceito desenvolvido no Parecer nº GQ – 161³, de 1º de setembro de 1998, aprovado pelo Presidente da República, ao estabelecer que se trata de pagamento que não era devido na época em que foi feito. Ressalta-se que o foco do parecer eram os pagamentos realizados a agente público, portanto, no campo do Direito Administrativo.

A expressão pagamento indevido, ou o seu significado, é utilizada nos diversos ramos do direito, especialmente civil, consumidor, tributário, previdenciário e administrativo, situando-se neste o foco do trabalho, conforme se desenvolverá na sequência.

1.2. Os pagamentos indevidos e a dimensão da despesa pública

Questão relevante para a iniciar a discussão foco desta dissertação é descobrir quão significativos são os recursos capturados em pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública. É possível realizar análise do tema sem se defrontar com o aspecto orçamentário da questão, no qual se inserem a eficiência e o planejamento da gestão?

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 5 de outubro de 1988, estabeleceu, no art. 165, três instrumentos de planejamento da ação estatal, o

² Nas várias referências aos termos pagamento indevido, não há expressamente, na jurisprudência dos tribunais superiores, a construção de um conceito, talvez por entendê-lo claro o suficiente na representação da realidade.

³O Parecer nº GQ-161, da lavra da Consultoria-Geral da União, foi adotado pelo Advogado-Geral da União e, na sequência, aprovado pelo Presidente da República no dia 1º de setembro de 1998 e publicado no DOU de 9/9/1998, possuindo, portanto, caráter vinculante para os órgãos da Administração Pública Federal (conforme §1º do artigo 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), e no qual se tratou da restituição de valores pagos indevidamente pela Administração Pública Federal a servidores públicos.

plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, a serem aprovados por meio de lei⁴.

A norma que veicula o orçamento anual estima a receita e fixa a despesa, ambos em igual valor, para o exercício⁵. Esta pesquisa focaliza-se no segundo item, na despesa, que compreende vários estágios, e abarca todos os desembolsos do Estado realizados no interesse geral da comunidade, conforme mandam a CRFB, as leis, os contratos ou outros instrumentos firmados (SILVA, 2004, p. 125). Assim, há duas faces características da despesa pública: o aspecto político, que demanda a execução de políticas públicas exigidas pela sociedade; e o jurídico, no sentido de que a despesa deve ser autorizada no contexto orçamentário (NASCIMENTO, 2013, p. 71-73).

O Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público (MCASP)⁶ prevê três estágios para a realização da despesa, quais sejam: o empenho, a liquidação e o pagamento (PISCITELLI e TIMBÓ, 2014, p. 162). Alguns autores, no entanto, divergem acrescentando mais estágios⁷.

O primeiro deles, o empenho, conforme definido no art. 58 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, “é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

O empenho é ato de ordenamento da despesa autorizada em lei, o que, operacionalmente, significa que, para cada empenho, será extraído um documento correspondente - a nota de empenho -, onde estará indicado o nome do credor, a

⁴ Conforme art. 165 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Delineado no § 1º, do referido artigo, o plano plurianual “(...) estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”. O PPA conterà o que será desenvolvido de novo ou aprimorado no horizonte de sua vigência de 4 (quatro) anos. A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), prevista no § 2º, “(...) compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento” (CHIMENTI, 2015, p. 273).

⁵ Veja-se, nesse sentido, a Lei nº 13.414, de 10 de janeiro de 2016, que trata do orçamento da União relativo ao exercício de 2017.

⁶ O Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público é publicação da Secretaria do Tesouro Nacional que juntamente com o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público regulamentam o registro da aprovação e execução do orçamento, além de buscarem convergência com padrões internacionais de contabilidade.

⁷ É o caso, por exemplo, de Lino Martins da Silva que fala em quatro estágios da despesa pública: fixação, empenho, liquidação e pagamento (LINO, 2004, p. 154).

especificação e o valor da despesa, além de serem realizados os registros contábeis pertinentes no SIAFI⁸. É por meio da emissão desse documento que se garante a dotação orçamentária necessária para fazer frente aos pagamentos a serem realizados a fornecedores e prestadores de serviço ao Estado (PISCITELLI e TIMBÓ, 2014, p. 162).

A segunda etapa da despesa é a liquidação. Nessa fase, conforme regula o art. 63 da Lei nº 4.320, de 1964, verifica-se “(...) o direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”. A verificação, nos termos do § 1º do referido dispositivo, consiste em apurar a origem e o objeto que se deve pagar; a importância exata a pagar; e a quem se deve pagar com vistas a extinguir a obrigação.

O pagamento da despesa ocorre após ordenada a sua regular liquidação, conforme estabelece o art. 62 da Lei nº 4320, de 1964. Ademais, a ordem de pagamento será emitida pela autoridade competente, determinando que a despesa seja paga (art. 64).

O pagamento indevido, de forma camuflada e quando originário de decisão administrativa, passa por todas as etapas de realização da despesa e, antes disso, percorreu ainda os caminhos técnicos-jurídicos de análise do direito, promovidos pelos setores administrativos competentes. Muitas vezes, decorre de erros nos sistemas computacionais. Por sua vez, quando tem origem em decisão judicial, o mérito quanto ao direito ao valor pago indevidamente é realizado pelo próprio Poder Judiciário.

É importante o destaque a dois aspectos das questões mencionadas. Primeiro, o que é óbvio, os pagamentos indevidos compõem a despesa pública, o que significa dizer que ele concorre com outros gastos na destinação dos recursos da sociedade. Há, no entanto, um aspecto distintivo no sentido de que se trata de um gasto não pretendido, não buscado, não avaliado nas instâncias competentes para as escolhas políticas, como se faz com outras despesas especialmente no âmbito da sistemática das leis do orçamento e das diretrizes orçamentárias anuais.

⁸O Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) é o “principal instrumento utilizado para registro, acompanhamento e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Governo Federal”, conforme descrição no sítio da Secretaria do Tesouro Nacional, na internet (<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi>).

O pagamento indevido é, portanto, incorporado ao orçamento como despesa, afastando o emprego dos recursos equivalentes em políticas públicas necessárias. Nesse sentido, quanto mais representativo ele for, mais demandas que podem ser consideradas justas deixam de ser atendidas.

Segundo aspecto, a despesa com pagamento indevido insere-se em contexto mínimo de falha do aparelho estatal (administrativa ou judicial), o que é factível, quando se considera a quantidade e a complexidade de atos praticados cotidianamente, em especial pela Administração Pública; não se pode, no entanto, atribuir-lhes efeitos irreversíveis, distribuindo o prejuízo para toda sociedade.

Não é tarefa simplória o dimensionamento dos pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública, ainda que o foco se limite ao plano federal. E há várias razões, a priori, que substanciam a afirmação, entre as quais se pode destacar:

- a) a Administração não atribui a devida importância aos valores carregados a pagamentos indevidos;
- b) não há controle adequado que possa acompanhar e mensurar os valores despendidos;
- c) a natureza dos pagamentos leva a dificuldades de reconhecimento e dimensionamento; e
- d) persiste a perspectiva cultural de desrespeito ao que é público, ao confrontar o interesse privado.

Quando se fala que a Administração Pública não atribui importância aos valores carregados a pagamentos indevidos, está-se diante de uma realidade formada a partir, em especial, de jurisprudência (tribunais) permissiva com o equívoco ou pouco rigorosa na delimitação de obrigações a quem se beneficiou indevidamente de valores públicos, o que se vai mostrar ao longo da dissertação.

No mesmo sentido, a falta de acompanhamento e mensuração sistemática dos valores pagos a esse título demonstra ineficiência e desorganização administrativas. Não se pode negar, contudo, as dificuldades para o tratamento do tema, dado o potencial para gerar perdas e descontentamentos entre os beneficiários, o que se potencializa na eventualidade de determinação de devolução de valores. Por fim, insere-se, nesse contexto, a valorização do privado em

detrimento do público, especialmente dos beneficiários mais organizados e que podem contar com advogados atuantes.

Assim, tendo em vista o papel que desempenham a Advocacia-Geral da União (AGU), ao representar a União e, por isso, ter a competência para ingressar com eventuais ações judiciais visando a restituição de valores carreados a pagamentos indevidos, e o TCU, por fiscalizar os recursos públicos; buscaram-se, nesses órgãos, as informações necessárias a fim de construir um quadro mínimo dos valores carreados a pagamentos indevidos.

1.2.1. Informações de pagamentos indevidos solicitados à Advocacia-Geral da União

Cabe à Advocacia-Geral da União (AGU) o papel institucional de representar a União no âmbito judicial e extrajudicial, conforme determinado no art. 131⁹ da CRFB, e no art. 1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993¹⁰.

Diante disso, com fundamento a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), formularam-se à AGU vários questionamentos acerca de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública. A intenção – do autor - era levantar todas as ações propostas no Poder Judiciário - e o respectivo montante a elas relacionado -, que tivessem por objetivo a recuperação de valores pagos indevidamente, tanto a servidores públicos, ativos e inativos, quanto a beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

Vejam-se, a seguir, alguns dos questionamentos formulados¹¹:

- 1) os números dos processos em que a AGU buscou, no Poder Judiciário, a restituição de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública Federal a servidores (ativos), aposentados e pensionistas, bem como aos beneficiários (funcionários ativos, aposentados e pensionistas) do Regime Geral de Previdência Social, incluídos os benefícios assistenciais;
- 2) o valor da restituição buscado em cada uma das ações propostas no Poder Judiciário;

⁹A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 131, a competência da Advocacia-Geral da União: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

¹⁰A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 1º, estabeleceu que “A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente”.

¹¹ O pedido de informação foi protocolado pelo autor sob o nº 00700000929201617, em 12/1/2017, e, em decisão final de abril/2017, negou-se a concessão de informações sobre os pagamentos indevidos a servidores, ativos e inativos, bem como a pensionistas.

3) o valor estimado, por ano, dos pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública Federal a servidores (ativos), aposentados e pensionistas, bem como aos beneficiários (funcionários ativos, aposentados e pensionistas) do Regime Geral de Previdência Social, incluídos os benefícios assistenciais, de 2006 a 2016, mencionando o nome das rubricas em que se deu tal pagamento;

4) o valor estimado, por ano, dos pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública Federal a servidores (ativos), aposentados e pensionistas, bem como aos beneficiários (funcionários ativos, aposentados e pensionistas) do Regime Geral de Previdência Social, incluídos os benefícios assistenciais, de 2006 a 2016, e que foi dispensada a restituição dos valores por ato da própria Administração Pública Federal, mencionando o nome das rubricas em que se deu tal pagamento.

Após vários recursos interpostos em face de sucessivas negativas de apresentação das informações, a AGU disponibilizou apenas alguns números relativos ao INSS. Embora o foco da dissertação seja os pagamentos realizados a servidores públicos e pensionistas; optou-se por apresentar também os valores carregados a esse título pagos pelo mencionado instituto, diante da possibilidade de tratamento similar com os servidores e dependentes e a origem pública dos recursos envolvidos.

1.2.2. Pagamentos indevidos apurados no INSS

De acordo com as informações disponibilizadas, que contemplam o período de 2006 a 2016, a AGU propôs 7.218 ações, por meio das quais busca recuperar pagamentos indevidos totais a beneficiários da previdência e assistência social equivalentes a R\$ 324.678.299,80. Veja-se a distribuição dos valores, conforme a classificação de ocorrência de dolo, má-fé e fraude, ou de erro e boa-fé, ou outra situação não especificada:

Quadro 1: Distribuição dos pagamentos indevidos conforme o tipo de ocorrência

	Dolo/fraude/má-fé	Erro/boa-fé	Erro/dolo/fraude/má-fé	Outros	Total (R\$)
Valores (R\$)	199.250.969,47	44.032.400,03	2.011.372,22	79.383.558,08	324.678.299,80

Obs. 1: Na coluna "Erro/dolo/fraude/má-fé", foram incluídos os pagamentos descritos pela AGU em que simultaneamente ocorreram os eventos descritos no título, ou como erro e dolo, ou como erro e fraude¹².

¹² A indicação de ocorrência de dolo, fraude, má-fé, erro e boa-fé foi realizada pela própria AGU, na planilha disponibilizada.

Obs.2: Na coluna “Outros”, foram incluídos os demais pagamentos não classificados nos grupos anteriores, inclusive aqueles relativos a falhas de preenchimento na planilha, bem como os que ainda estivessem em apuração por meio de Tomada de Contas Especial (TCE).

A AGU franqueou ainda acesso a levantamento realizado pelo INSS, com data de 24/3/2016, no qual apontou a ocorrência de 849.732 benefícios irregulares, o que gerou pagamentos indevidos de R\$ 11.740.893.907,30. Desse total, R\$ 992.562.333,40, correspondentes a 74.955 benefícios, foram recuperados ainda na fase administrativa¹³.

Além disso, registra a AGU, R\$ 6.247.338.364,67, representativos de 448.918 casos, são de difícil recuperação, não tendo sido encaminhados à Procuradoria-Geral Federal para adoção das medidas judiciais, em razão de prescrição, decisão judicial favorável ao recebedor, inexistência de bens a inventariar. Destaca, ainda, do mencionado valor, R\$ 5.870.446.953,65, ou 424.866 benefícios, cujo recebedor sequer foi identificado, possivelmente por se tratar de caso de fraude.

Há ainda outros R\$ 4.500.993.209,23 (325.859 benefícios) em fase de recuperação na via administrativa. No quadro, a seguir, busca-se sintetizar as principais informações do levantamento do INSS, apurados na data de 24/3/2016:

Quadro 2: Distribuição dos pagamentos indevidos no INSS

Pagamentos indevidos (R\$)							
Recuperados	Em recuperação				Difícil recuperação		
	Cobrança administrativa	SOFC/ Cob. Agente Pagador	Sobrestado/ decisão judicial/ inteposição de recurso	Outros ¹	Recebedor não identificado	Cancelado/ Decisão judicial/recursal	Outros ²
992.562.333,40	1.873.509.349,44	1.142.086.228,39	364.976.569,61	1.120.421.061,79	5.870.446.953,65	112.472.649,19	264.418.761,83
	4.500.993.209,23				6.247.338.364,67		
11.740.893.907,30							

Obs. 1 – No grupo “Outros” de pagamentos indevidos em recuperação, são incorporadas diversas ocorrências, como recebedor não identificado, processo sobrestado em razão do valor devido, etc.

Obs. 2 – No grupo “Outros” de pagamentos indevidos de difícil recuperação, estão representados os beneficiários sem bens a inventariar, os valores prescritos, etc.

No levantamento do INSS, não é informado se os pagamentos indevidos decorreram de ação dolosa, má-fé, erro administrativo, bem como se o recebimento das parcelas foi de boa-fé. No entanto, isso não impacta negativamente no objetivo

¹³ Embora no requerimento de informação à AGU circunscreva a solicitação ao período de 2006 a 2016; o Órgão informou apenas que os valores apresentados representavam a situação de pagamentos indevidos apurados em 24/3/2016.

do trabalho, tendo em vista o intuito desse tópico que é basicamente dimensionar os valores carreados indevidamente.

1.2.3. Pagamentos indevidos identificados por meio de decisões do TCU

O TCU utiliza-se de critérios fixados em normativo próprio¹⁴ para dimensionar os benefícios decorrentes de sua atuação na fiscalização de irregularidades e impropriedades no âmbito da Administração Pública.

De acordo com o art. 1º, inciso I da Portaria-Segecex nº 10, de 30 de março de 2012, alterada pela Portaria-Segecex nº 17, de 15 de maio de 2015, o benefício da ação de controle externo é resultado que pode ser expresso em termos financeiros ou não¹⁵.

Materializando-se irregularidades ou impropriedades detectadas em fiscalizações de atos de pessoal, o TCU calcula o benefício quantitativo financeiro da ação¹⁶ de duas formas: a) se mandar os beneficiários dos pagamentos devolverem os valores, o montante será mensurado conforme a apuração ou a estimativa realizada na ação de controle; b) se a determinação for no sentido de apenas suspender ou interromper os pagamentos irregulares, será o valor total que deixará de ser pago ou o montante correspondente ao valor que deixará de ser pago no período de quatro anos (no caso de pagamentos por prazo indeterminado).

Veja-se que o benefício quantitativo financeiro mede o impacto, em termos monetários, da ação fiscalizatória do TCU em favor do Erário. Esse conceito, quando o Órgão de controle determina a devolução de valores (primeira hipótese acima), coincide satisfatoriamente com o de pagamentos indevidos. Isso porque se calcula o valor que foi efetivamente gasto, valor de referência para que seja cobrado dos beneficiários.

¹⁴ Portaria-Segecex nº 10, de 30 de março de 2012, alterada pela Portaria-Segecex nº 17, de 15 de maio de 2015, a qual “regulamenta os procedimentos de identificação, avaliação e registro dos benefícios das ações de controle externo (...)”.

¹⁵ De acordo com a Portaria-Segecex nº 10, de 2012, parágrafo único, inciso V, o benefício quantitativo-financeiro é aquele que pode ser “quantificado e expresso em unidades monetárias”. Conforme o art. 4º da norma, o cálculo dos benefícios financeiros observará: I – o prazo, real ou estimado, de duração dos efeitos da ação de controle realizada; II - o alcance do benefício da ação de controle; III - a dedução dos eventuais custos de implementação das medidas decorrentes das determinações ou recomendações, quando possível estimar”.

¹⁶ A metodologia de cálculo do benefício quantitativo financeiro da ação de controle consta da Parte III – Metodologias Específicas – Área de Pessoal, itens 79 e 80, do Anexo da Portaria-Segecex nº 10, de 2012, alterada pela Portaria-Segecex nº 17, de 2015.

Por sua vez, no caso de suspensão dos pagamentos indevidos (segunda hipótese acima), o benefício da ação do TCU é calculado tomando-se como base os valores que serão economizados, que deixarão de ser pagos, em um horizonte de 4 (quatro) anos. Observa-se que, nesta situação, o valor é estimativo e mensura ocorrências futuras – prejuízo potencial -, o que difere do conceito de pagamentos indevidos, que está calcado em despesas incorridas. Mesmo assim o número é um bom indicativo do que ocorreu no passado e, em muitas ocasiões, pode até estar subdimensionado, na eventualidade de as incorreções terem se iniciado há mais de 4 anos.

É oportuna ainda a distinção entre benefícios potencial e efetivo dos acórdãos do TCU. O primeiro decorre de decisão ainda não cumprida; o segundo, de deliberação ou antecipação no âmbito administrativo, diante do trâmite de processo no TCU¹⁷.

Noticia-se, ademais, que, como na maioria das deliberações o Órgão não manda os beneficiários devolverem os valores recebidos indevidamente, não há controle dos efetivos prejuízos ao Erário ocorridos; tem-se apenas um valor estimativo, o prejuízo potencial. Assim, para os fins a que se propõe este trabalho e, neste espaço, busca-se apresentar a dimensão de valores, vai-se equiparar o benefício da ação de controle externo aos prejuízos decorrentes de pagamentos indevidos, o que se mostra relação bastante aceitável, conforme demonstrado anteriormente.

Após esses esclarecimentos, volta-se especificamente à questão central deste tópico. Anota-se que o TCU, com a criação das denominadas trilhas de fiscalização¹⁸, incrementou sua expertise na detecção de irregularidades, produzindo bons resultados especialmente a partir de 2015. Em balanço publicado no União¹⁹, veículo de divulgação interna do Órgão, de 29 de setembro de 2015, tem-se a dimensão dos benefícios financeiros decorrentes da atuação fiscalizatória.

¹⁷ As definições de benefícios potencial e efetivo da ação de controle do TCU encontram-se dispostos no art. 1º, incisos VII e VIII da Portaria-Segecex nº 10, de 2012.

¹⁸ De acordo com matéria publicada no União de 29/9/2015, as trilhas de fiscalização são “críticas, calcadas em critérios de custo, risco e materialidade, e têm o objetivo de identificar de forma contínua e automática a ocorrência de inconsistências e irregularidades nas folhas de pagamento, promovendo sua correção tempestiva”.

¹⁹ União é o nome do veículo de divulgação interna e diária do TCU, com matérias pertinentes especialmente a ações administrativas e finalísticas do Órgão. Nesta data, divulgaram-se os resultados de fiscalização na folha de pagamento de diversos órgãos e instituições federais.

Na ação de controle, cujos resultados foram divulgados em 29/9/2015, a Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), Unidade Técnica do TCU, auditou a folha de pagamento de 76 órgãos não integrantes do Sistema Integrado de Recursos Humanos (SIAPE), calculando os seguintes prejuízos aos cofres públicos:

Quadro 3: Prejuízo em órgãos e entidades fiscalizados pelo TCU (Ação 1)

Trilhas de fiscalização	Benefício potencial/prejuízo mensal (R\$)	Benefício potencial/prejuízo em 4 anos (R\$)
Parcelas incompatíveis com o regime de subsídio	1.924.709,12	100.084.874,24
Não compensação de parcela complementar ao subsídio	6.677,84	347.247,88
Acumulação irregular de cargos por incompatibilidade de jornadas	1.251.017,59	65.052.914,68
Recebimento de auxílio-alimentação em mais de uma fonte pagadora	73.543,24	3.530.075,52
Pagamentos acima do teto constitucional	27.527.601,30	1.431.435.267,60
Total	30.783.549,09	1.600.450.379,92

O TCU, por meio da Sefip, apontou prejuízos consideráveis aos cofres públicos da União, estados e municípios, em trabalho realizado em parceria²⁰ com 16 tribunais de contas estaduais e municipais, no segundo ciclo de fiscalização da folha de pagamento de diversos órgãos e entidades, e divulgado internamente em 21/11/2016²¹, no qual foram realizados cruzamentos de dados utilizando-se inclusive bases de informações desses órgãos de controle, conforme demonstração a seguir:

²⁰O TCU mantém termos de cooperação com diversos tribunais de contas, o que possibilita a realização de fiscalizações conjuntas, como a mencionada que teve foco na folha de pagamento de órgãos e entidades federais, estaduais e municipais.

²¹Matéria divulgada no União de 21/11/2016, informativo interno do TCU.

Quadro 4: Prejuízo em órgãos e entidades fiscalizados pelo TCU (Ação 2)

Trilhas de fiscalização	Benefício potencial mensal/prejuízo (R\$)	Benefício potencial/prejuízo em 4 anos (R\$)
Pagamento de auxílio invalidez para militares que estão na ativa em outro vínculo.	129.126,80	6.714.593,60
Servidor aposentado por invalidez que possui outro vínculo empregatício	3.457.011,58	179.764.602,16
Parcelas incompatíveis com o regime de subsídio	3.082.521,22	160.291.103,44
Recebimento de auxílio-alimentação em mais de uma fonte pagadora	53.977,28	2.806.818,56
Acumulação irregular de cargos por incompatibilidade de jornada	7.442.403,48	387.004.980,96
Pagamento acima do teto constitucional	532.316,04	27.680.434,08
Total	14.697.356,40	764.262.532,80

Quadro 5: Prejuízo em órgãos e entidades sob a jurisdição de TCE e/ou TCM

Trilhas de fiscalização ²²	Benefício potencial mensal/prejuízo (R\$)	Benefício potencial/prejuízo em 4 anos (R\$)
Acumulação irregular de cargos por incompatibilidade de jornada	51.106.421,48	2.657.533.916,96
Pagamento acima do teto constitucional	6.204,81	322.650,12
Total	51.112.626,29	2.657.856.567,08

²²Embora retratem pagamentos indevidos ocorridos no âmbito da jurisdição de outros tribunais de contas, optou-se por apresentá-los aqui para deixar claro que não se trata de questão restrita ao âmbito federal. Aliás, nos estados e municípios, por contarem com menos recurso e tecnologia, a situação tende a ser mais grave.

A Sefip, além das fiscalizações - alguns dos resultados dos trabalhos foram mencionados anteriormente -, emite pareceres que subsidiam o TCU no julgamento da legalidade de atos de admissão de pessoal, de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Nesse caso, 1.898 atos foram julgados irregulares somente em 2016, estimando-se prejuízo, no ano, de R\$ 48.362.539,85. Em um horizonte de 4 (quatro) anos, esses atos ocasionariam perdas de R\$ 193.450.159,40, correspondente ao conceito de benefício potencial.

O TCU julgou ilegais 1655 atos de pessoal em 2013; 1352, em 2014; e 805, em 2015²³. Em decorrência da falta de dados – o TCU não os tem -, permite-se um exercício matemático para estimar valor aproximado à realidade de pagamentos indevidos.

Para o ano de 2016, o valor estimado de prejuízo com pagamentos indevidos relativos a 1.898 atos irregulares alcançou o montante de R\$ 48.362.539,85, o que corresponde à média anual de R\$ 25.480,79, por beneficiário. Se se multiplica essa média anual pelo quantitativo de atos ilegais julgados pelo TCU desde de 2013, encontram-se os seguintes números:

Quadro 6: Estimativa de pagamentos indevidos em atos de pessoal ilegais

Pagamentos indevidos em atos de pessoal ilegais – Benefício potencial				
Ano	Quantitativo	Valor Médio/ano (1)	Valor total/ano (2)	Valor_Acu_4_anos (3)
2016	1898	25.480,79	48.362.539,85	193.450.159,00
2015	805	25.480,79	20.512.036,00	82.048.144,00
2014	1352	25.480,79	34.450.028,08	137.800.112,32
2013	1655	25.480,79	42.170.707,45	168.682.829,80
Total	5710	25.480,79	145.495,310,90	581.981,243,60

Obs. 1: O valor médio por ano é resultado do prejuízo potencial com os pagamentos indevidos dividido pelo número de atos de pessoal julgados ilegais no período, tomando como base o ano de 2016;

Obs. 2: O valor médio relativo ao ano de 2016 foi fornecido pela Sefip, a partir de estimativas calculadas pela Unidade Técnica. Os demais anos foram calculados com base no valor médio de pagamento indevido do ano de 2016;

Obs. 3: A coluna do valor acumulado representa o valor anual dos pagamentos indevidos multiplicado por 4, valor correspondente ao benefício potencial.

²³ O número de atos de pessoal julgados ilegais encontra-se disponível nos Relatórios de Gestão do TCU relativos aos exercícios de 2013 a 2016, disponíveis na área de transparência do Órgão, no título Contas do TCU.

Os números apresentados, tanto de trabalhos de fiscalização como de apreciação de atos de pessoal, demonstram a relevância dos valores carreados para pagamentos indevidos. É possível afirmar, com segurança, que, apesar dos significativos valores apresentados, eles traduzem apenas uma parte, talvez menor, das irregularidades ocorridas na Administração Pública. A falta de dados estruturados e de disposição em compartilhá-los dificulta extraordinariamente o objetivo de apresentar dimensão mais completa possível das informações.

1.3. Os pagamentos indevidos e a abrangência de direitos e vantagens na Administração Pública

Classificam-se os pagamentos indevidos conforme tenham origem em decisões administrativas ou judiciais. Nas primeiras, o ato administrativo que concedeu o benefício continha vício que o tornou inválido. Na outra, a tutela judicial, que deliberou pela concessão do direito, foi reformada, cassada. O elemento comum, nas hipóteses, é a possibilidade de restituição do beneficiário à condição anterior à edição do ato administrativo e à adoção da decisão judicial, caracterizando os valores recebidos durante o período de validade e eficácia das manifestações como indevidos.

A realização de pagamentos pela Administração Pública é antecedida de etapas relacionadas invariavelmente ao reconhecimento de um direito; o que envolve a atuação de agentes públicos, na medida de suas competências, nas diversas fases do processo, culminando com a efetivação do pagamento.

Qualquer pagamento efetuado pela Administração Pública só se materializa após a avaliação técnica que vai embasar a decisão administrativa ou da autoridade responsável pelo ato. Antecedem, portanto, à operacionalização do pagamento manifestações técnicas que culminam com a posição (do gestor ou da autoridade) no sentido de que pague ou não o valor em favor do beneficiário. Inserem-se, nesse contexto, ainda, os pagamentos decorrentes de erro em sistema computacional.

Assim, por exemplo, o recebimento dos proventos de aposentadoria depende da publicação de ato que aposenta o agente em determinado cargo, com as vantagens pessoais que lhe são devidas. Nesse sentido, após o requerimento do agente público, setores administrativos avaliam o pedido à luz da CRFB e das leis - são feitos os cálculos, análise do atendimento aos critérios legais, perícia, se for o caso, etc. -, manifestando-se pela concessão ou não do direito. A autoridade

competente, portanto, verificando o atendimento aos requisitos normativos, pratica o ato de aposentação. Na sequência, é viabilizado o pagamento do provento de aposentadoria.

Em outro exemplo, a autorização prévia para a realização de serviço extraordinário em alguns órgãos da Administração Pública é condição necessária para que se pague pelos serviços efetivamente prestados²⁴. Nesse sentido, o cálculo do montante a ser pago depende da verificação das condições e critérios regulamentares a serem observados, e que devem ser averiguados pelos setores administrativos competentes. Caso não atendidos ou os serviços foram prestados em desconformidade com a autorização, eventualmente os agentes podem vir a não ser recompensados na forma pecuniária.

Atento ao objetivo da pesquisa, é oportuno destacar três etapas características de qualquer pagamento realizado pela Administração Pública: a) a análise técnico-jurídica que instrumentaliza a prática do ato administrativo, momento em que é verificado o atendimento aos requisitos necessários para a concessão do direito; b) a decisão administrativa, incluindo avaliação final da proposta de ato, bem como a sua formalização definitiva; e c) a operacionalização do direito propriamente dita com a realização do pagamento.

Paralelamente, observa-se que as ações, manifestações ou decisões administrativas que desembocam na realização do pagamento indevido ora têm caráter meramente operacional (lançamento de valor, cálculo simples, etc.) ora envolvem iniciativas complexas (perícia, análise jurídica da situação, etc.). Especialmente em relação àquele erro, as ações que os viabilizam são, muitas vezes, praticadas como um contínuo no tempo, isso porque o direito ou o benefício já foram previamente analisados/concedidos em momento anterior.

Por sua vez, as decisões judiciais também podem ser origem para a realização de pagamentos indevidos. Configuram-se como indevidos, nesse caso, os valores que foram recebidos pelos beneficiários em decorrência de decisões judiciais definitivas ou provisórias favoráveis à concessão de direitos e que tenham como efeito o dispêndio de valores pela Administração Pública, deliberações que

²⁴Veja-se, a título de exemplo, a Resolução-TCU nº 204, de 1º de agosto de 2007, que fixa a obrigatoriedade de autorização prévia para a realização de serviço extraordinário, e ainda o § 2º do art. 42 da Resolução-CJF nº 4, de 14 de maio de 2008.

posteriormente venham a ser revogadas ou rescindidas²⁵. O Poder Judiciário é chamado, portanto, a apreciar direito, a julgar ato ou decisão administrativa, e impõe, inicialmente, um dever/ônus financeiro ao Poder Público, tendo como beneficiário o agente público, ativo ou inativo, ou pensionista, mas, posteriormente, a deliberação é revista de forma definitiva.

A menção a esses aspectos, até aqui apresentados, ilustram, em alguma medida, o contexto em que ocorrem os pagamentos indevidos. Nesse sentido, é oportuno ressaltar outros elementos que impactam diretamente o tratamento das ocorrências da espécie, como erro, dolo, culpa, má-fé e boa-fé; afinal, o pagamento indevido que tenha origem em conduta dolosa, a priori, poderia merecer consequências jurídicas mais graves que outro decorrente de um erro, por exemplo.

Além disso, os pagamentos indevidos, como atos administrativos, devem ser analisados sob a perspectiva de que a Administração Pública tem o poder-dever de invalidar atos viciados, conforme será discutido mais adiante. Ademais, esses mesmos atos sujeitam-se aos controles judicial e legislativo. Neste, destaca-se o papel do TCU que, no exercício do controle externo, tem competência para determinar à Administração Pública a correção de irregularidades, incluída a devolução de valores pagos indevidamente.

Considerando o foco da dissertação, realizou-se diagnóstico dos valores pagos pela Administração Pública aos seus agentes, ativos e inativos, e pensionistas²⁷. Nesse sentido, é importante delimitar, com alguma profundidade, algumas características dos pagamentos realizados. Há, na Administração Pública, um complexo conjunto de benefícios, incluindo-se a remuneração e o subsídio, que se distinguem em razão da carreira ou do cargo do qual se está tratando, do Órgão ou do Poder ao qual o agente público se vincula.

Como o intuito é descrever, de forma geral, os valores que são pagos na Administração Pública - não se tem como objetivo classificar se a rubrica é devida a servidor público ou a agente político, embora eventualmente isso possa acontecer -; essa distinção, ressalta-se, não é relevante para os fins a que se propõe.

²⁵É o que dispõe o §3 do art. 46 do RJSPC.

²⁷ A pesquisa foca especialmente os pagamentos indevidos realizados no âmbito da Administração Pública Direta, contemplando órgãos dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

É oportuno registrar que, tanto no nível constitucional como legal, o sistema remuneratório no serviço público é confuso, imperando choque de interesses e uma inexatidão sem limites, com soluções distintas para situações similares, e a mesma solução para casos diferentes (CARVALHO FILHO, 2014, p. 747).

Dá-se destaque, na CRFB, na sequência, a alguns comandos que estabelecem características de direitos e vantagens concedidos a agentes públicos, elementos do seu sistema remuneratório (CARVALHO FILHO, 2014, p. 747-754, e MEDAUAR, 2014, p. 318):

a) a necessidade de edição de lei para fixação da remuneração dos agentes públicos, observada a iniciativa em cada caso²⁸;

b) alguns cargos públicos recebem na forma de subsídio, a exemplo de membros de poder, ministros de Estado e secretários estaduais e municipais²⁹;

c) os subsídios, pagos em parcela única, devem observar o teto remuneratório do serviço público³⁰ que, no âmbito federal, é o subsídio dos ministros do STF;

d) o recebimento da remuneração em forma de subsídio não afasta o direito a outras vantagens, como adicionais de férias e noturno, gratificação natalina e acréscimo de serviço extraordinário, entre outros;

e) os subsídios de deputados, senadores, Presidente da República e ministros de Estado são fixados pelo CN e não dependem de aprovação de lei; já os dos ministros do STF, sim³¹;

f) nenhum servidor pode receber menos que um salário mínimo³², situação autorizada aos praças que prestam serviço militar³³;

g) o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos públicos são irredutíveis³⁴.

²⁸ A regra está prevista nos arts. 37, inciso X, 61, § 1º, inciso II, “a”, 96, inciso II, “b” 127, §2º da Constituição Federal de 1988.

²⁹ A regra está prevista nos arts. 39, § 4º, 128, § 5º, inciso I, “c” da Constituição Federal de 1988;

³⁰ Previsão do art. 37, inciso XI da Constituição Federal de 1988.

³¹ Regra estabelecida nos arts. 49, incisos VII e VIII, e 48, XV da Constituição Federal de 1988.

³² Previsão do art. 142, § 3º, VIII da Constituição Federal de 1988.

³³ Previsão do art. 142, § 3º, VIII da Constituição Federal de 1988.

³⁴ Previsão do art. 37, inciso XV da Constituição Federal de 1988.

Em complemento às disposições constitucionais citadas, há diversas leis que regulamentam, de forma geral, direitos e vantagens dos agentes públicos, a exemplo das Leis nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965³⁵, e 8.112, de 1990³⁶, e das Leis Complementares nº 35, de 14 de março de 1979³⁷, e nº 75, de 20 de maio de 1993³⁸.

Acrescente-se a isso a edição de leis, com conteúdo mais específico, em que são concedidos reajustes ou revisões, redefinindo aspectos da remuneração, bem como outras vantagens pagas³⁹. Em muitas situações, os próprios órgãos ou instituições adotam também regulamentações internas no âmbito de sua competência⁴⁰.

Nesse contexto, a Lei nº 8.112, de 1990– Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis (RJSPC), é importante referencial para se estudar os direitos e vantagens concedidos a agentes públicos, até porque alcança o amplo grupo de servidores públicos da União, daí o foco principal dado à norma. Além da remuneração ou subsídio pagos ao agente público, são devidas algumas vantagens, a título de indenizações, gratificações e adicionais, nos termos definidos na referida lei. Antes de avançar um pouco mais no tema, é importante fazer importantes observações a esse respeito.

A remuneração e o subsídio são as duas substanciais espécies de retribuição pagas pelos serviços prestados pelo agente público. A primeira é a contraprestação a que faz jus a maioria dos servidores públicos, enquanto a segunda é paga àqueles indicados na CRFB (GASPARINI, 2012, p. 243).

Distinguem-se vencimento de vencimentos. Aquele, de acepção estrita, “corresponde à retribuição pecuniária a que faz jus o servidor pelo efetivo exercício

³⁵ A Lei nº 4.878, de 1965, dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal.

³⁶ O RJSPC dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

³⁷ A Lei Complementar nº 35, de 1979, dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura.

³⁸ A Lei Complementar nº 75, de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

³⁹ Lei nº 13.317, de 20 de julho de 2016, que alterou dispositivos da Lei nº 11.416, de 15 de dezembro de 2006, que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União, e dá outras providências.

⁴⁰ O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº 13, de 21 de março de 2007, regulamentou a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura, norma cujos efeitos estão parcialmente suspensos, tendo em vista a decisão do STF, em cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3854.

do cargo”⁴¹, enquanto este, de sentido lato, agrega ainda – além do vencimento - as demais vantagens pecuniárias, como adicionais e gratificações, e, por isso, o termo remuneração⁴² é comumente usado como sinônimo de vencimentos (GASPARINI, 2012, p. 244).

Há que se pontuar que a retribuição por meio de subsídio significa o recebimento em parcela única, indivisa e insuscetível de adiantamento ou acréscimos a partir do que dispõe a CRFB, art. 39, § 4º, no qual está estabelecido que alguns cargos serão remunerados exclusivamente por meio de subsídio (MELLO,2014, p. 279).

O termo subsídio substitui a palavra remuneração ou vencimento para algumas categorias de agentes públicos, agregando o significado de pagamento em parcela única feito pelo Estado como retribuição pelos serviços prestados. O intuito da medida, com a mudança de designação, foi extinguir o pagamento, simultâneo com o subsídio, de acréscimo, gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Contudo, a intenção do legislador restou frustrada tendo em vista a permanência de dispositivos constitucionais que não foram revogados pela medida (DI PIETRO, 2014, p. 622).

Quanto às demais vantagens devidas aos agentes públicos, a serem pagas adicionalmente ao vencimento; o RJSPC as classificou em indenizações, gratificações e adicionais.

As indenizações, as quais não se incorporam ao vencimento ou provento, são em número de 4 (quatro): a) ajuda de custo⁴³; b) diárias⁴⁴; c) indenização de transporte⁴⁵; d) auxílio-moradia⁴⁶.

As gratificações, adicionais e retribuições compreendem 7 (sete) espécies distintas: a) retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento⁴⁷; b) gratificação natalina⁴⁸; c) adicionais de insalubridade,

⁴¹ A Lei nº 8112, de 1990, no art. 40, estabelece que “Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei”.

⁴² A Lei nº 8112, de 1990, no art. 41, define que “Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei”.

⁴³ Previsão do art. 53 do RJSPC.

⁴⁴ Previsão do art. 58 do RJSPC.

⁴⁵ Previsão do art. 60 do RJSPC.

⁴⁶ Regra do art. 60-A do RJSPC.

⁴⁷ Regra do art. 62 do RJSPC.

⁴⁸ Previsão do art. 63 do RJSPC.

periculosidade ou atividades penosas⁴⁹; d) adicional de serviço extraordinário⁵⁰; e) adicional noturno⁵¹; f) adicional de férias⁵²; e g) gratificação por encargo de curso ou concurso⁵³.

Os agentes públicos contam ainda com alguns benefícios, conforme enumerados a seguir: a) aposentadoria⁵⁴; b) auxílio-natalidade⁵⁵; c) salário-família⁵⁶; d) pensão⁵⁷; e) auxílio-funeral⁵⁸; f) auxílio-reclusão⁵⁹; e g) assistência à saúde⁶⁰.

A enumeração acima, contemplando subsídios, remuneração, gratificações, adicionais e retribuições, apresenta o conjunto global de benefícios oferecidos especialmente aos servidores públicos e naquilo que é comum com os demais agentes do Estado, como juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia-Geral da União e militares das forças armadas.

É importante listar, a título de exemplo, para demonstrar a diversidade e a complexidade, as rubricas pagas a categorias de agentes públicos, concretizando os direitos e vantagens apresentados anteriormente⁶¹:

⁴⁹ Previsão do art. 68 do RJSPC.

⁵⁰ Regras previstas nos arts. 73 e 74 do RJSPC.

⁵¹ Regra prevista no art. 75 do RJSPC.

⁵² Disciplina estabelecida no art. 76 do RJSPC.

⁵³ Disciplina do art. 76-A do RJSPC.

⁵⁴ Disciplina do art. 186 do RJSPC.

⁵⁵ Disciplina do art. 196 do RJSPC.

⁵⁶ Disciplina do art. 197 do RJSPC.

⁵⁷ Disciplina do art. 215 do RJSPC.

⁵⁸ Previsão do art. 226 do RJSPC.

⁵⁹ Regra do art. 229 do RJSPC.

⁶⁰ Regra do art. 230 do RJSPC.

⁶¹ Foram formulados questionamentos, via Lei de Acesso à Informação, a 5 (cinco) órgãos públicos (STF, MPDFT, AGU, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e TCU), para que eles disponibilizassem a lista de direitos e vantagens pagos aos agentes públicos. Extrato das informações obtidas compuseram o quadro “Extrato de rubricas pagas a agentes públicos”.

Quadro 7: Exemplos de rubricas pagas a agentes públicos em quatro órgãos (Senado, MPDFT, TCU e AGU)

Extrato de rubricas pagas a agentes públicos			
Subsídio fixo	Vencimento Diferença Substituição Comissionado	13º Salário - rescisão	Adicional Tempo de Serviço
Subsídio variável	Diferença (RSF 7/2002)	Gratificação Natalina - Isento Prev - Rescisão	Adicional de Especialização
Subsídio Adicional	GAL Dif FC Direção Substituição	Diferença de Teto – FC	Gratificação Natalina
Subsídio	GAL Dif FC Direção Ind	Diferença de Teto – GR	Gratificação Natalina - IsentoPrev
Ajuda de custo início de mandato	GAL Diferença	Pensão Ex-senador - EQ/95	VPI Lei 10698/2003
Ajuda de custo fim de mandato	GAL	Pensão Ex-funcionário – SF	Diferença de Classe
Ajuda de custo – primeira parte	GR Analistas / Técnicos	Pensão-PSSC (L-9506/97)	Acréscimo -Artigo 191 Lei 8112/90
Ajuda de custo – segunda parte	GR Cargo em Comissão	Diferença de Teto - FC - 13 Sal	Acréscimo 20% - 13. Salário
Ajuda de custo extraordinária – primeira parte	GR Substituição Cargo em Comissão	Diferença de Teto - GR - 13 Sal	Acréscimo 20%
Ajuda de custo extraordinária – segunda parte	FC (Opção)	Beneficiário de Ex-senador-EQ/88	VPNI (PP)
Décimo terceiro Ressarcimento despesas médicas/odontológicas	Função Comissionada	Beneficiário de Ex-funcionário - SF	VPI Lei 10698/2003
Auxílio-moradia	FC Substituição	Pensão Ex-senador EQ 88	Diferença de Classe
Vencimento	FC (Opção) Indenizada	Beneficiário de Ex-senador - EQ/95	Acréscimo -Artigo 191 Lei 8112/90
Salário	Gratificação de Desempenho	Beneficiário de Ex-senador-PSSC (Lei-9506/97)	Acréscimo 20% - 13. Salário
VencDif FC Direção	Gratíf De Desempenho Substituição Comissionado	Adicional de PL	Acréscimo 20%
Adicional noturno	Abono de permanência	Adicional de insalubridade	CC - FC
Adicional de periculosidade	Auxílio funeral	Adicional de Qualificação	Licença Prêmio
Ajuda de custo e transporte	Auxílio para moradia	Gratificação de perícia	Serviço extraordinário
Aposentadoria	Auxílio-alimentação	Gratificação de projeto	Férias
Gratificação de controle Externo	GSISTE	GSISP	GEATA

1.4. A extensão legal dos pagamentos indevidos no Brasil

Noticiou-se, anteriormente, que os diversos ramos do direito tratam dos pagamentos indevidos, mencionando, em alguns casos, expressamente os termos.

No Direito Administrativo, O RJSPC, no § 2º do art. 46⁶², menciona expressamente os termos pagamento indevido, determinando a restituição na folha salarial seguinte daqueles ocorridos no mês anterior, deixando claro, no contexto, que a reposição é a regra. Além disso, no § 2º do art. 185, trata do recebimento indevido de benefícios do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), mediante fraude, dolo ou má-fé, fixando a restituição dos valores como regra.

Por sua vez, no âmbito do direito previdenciário, a Lei nº 8.213, de 1991, no inciso II, art. 115⁶³, prevê a possibilidade de desconto, no benefício, de pagamento realizado além do devido.

No direito civil, o pagamento indevido é tratado em capítulo específico juntamente com a obrigação de restituir, a partir do art. 876⁶⁴. Ocorre pagamento indevido quando se paga a quem não titulariza a condição de credor, imediatamente surgindo a obrigação de restituir (COELHO, 2004, p. 240).

É uma das modalidades de enriquecimento ilícito ou sem causa, pois tem origem em uma obrigação que alguém pressupunha ter assumido (DINIZ, 2016, p. 846); necessário, portanto, a realização do pagamento, o *animus solvendi*, evidentemente, e a inexistência de dívida ou o pagamento a pessoa que não seja credora (VENOSA, 2014, p.239).

Na forma como disposta no Código Civil, o legislador reconheceu no pagamento indevido fonte unilateral de obrigação, legitimando a ação de repetição de indébito. Nesse sentido, distinguem-se duas espécies de pagamento indevido: o indébito objetivo ou pagamento objetivamente indevido, e o subjetivo ou pagamento subjetivamente indevido (GONÇALVES, 2013, p. 614 e 617; GAGLIANO, 2011, p. 388; DINIZ, 2016, p.847).

⁶² Dispositivo do RJSPC: Art. 46 (...). “§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela”.

⁶³ Dispositivo da Lei nº 8.213, de 1991: “Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: (...) II - pagamento de benefício além do devido;

⁶⁴ Art. 876 do Código Civil de 2002: “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”.

Na primeira hipótese, o erro ocorre em relação à existência e à extensão da obrigação (paga-se dívida inexistente ou que se extinguiu). Materializa-se ainda no pagamento maior que o realmente devido, ou ainda se há engano quanto ao objeto da obrigação, entregando-se coisa no lugar de outra (GONÇALVES, 2013, p. 617; GAGLIANO, 2011, p. 388). Por sua vez, na segunda hipótese, o erro se dá em relação à pessoa que paga ou que recebe, já que a dívida de fato existe (GONÇALVES, 2013, p. 617; DINIZ, 2016, p.847).

O Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do art. 42 (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), faz referência ao pagamento indevido ou mais precisamente à cobrança indevida, pelos fornecedores, aos consumidores, ao estipular a devolução em dobro do que se pagou a maior, salvo se ocorreu erro justificável. A restituição, nesses casos, tem caráter de sanção civil, na linha do que defende Luis Cláudio Carvalho Almeida (KHOURI, 2013, p. 92).

No âmbito do direito tributário, o pagamento indevido também está previsto juntamente com a obrigação de restituir o valor, qualquer que seja a modalidade ocorrida, a partir do art. 165 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Independente do erro, se de fato ou de direito, é devida a restituição do valor pago indevidamente (COELHO,2014).

1.5. As hipóteses de pagamentos indevidos no Direito Administrativo brasileiro

Apresentaram-se, em momento anterior, as principais verbas que o agente público têm direito, de maneira geral, em face da relação jurídica entabulada com o Poder Público. Além disso, demonstrou-se, de forma exemplificativa, no que toca aos agentes públicos, a designação de espécies remuneratórias ou indenizatórias pagas a eles, em que cada denominação tem seu método de cálculo conforme determinam a CRFB, a lei ou o regulamento. A menção a esses aspectos é importante para destacar a complexidade dos direitos e vantagens concedidos pela Administração Pública.

A título ilustrativo, registra-se que a gratificação de desempenho está prevista na estrutura remuneratória de diversas carreiras da Administração Pública, como dos servidores do TCU⁶⁵, na qual é paga no percentual de até 80%, e dos

⁶⁵ Conforme art. 15 da Lei nº 10.356, de 27 de dezembro de 2001, com redação dada pela Lei nº 12.776, de 2012.

vinculados o Plano Geral de Cargos do Poder Executivo⁶⁶, cujos valores estão fixados em percentuais de até 60% e até 40%.Veja-se que, com as mesmas características, propondo-se a remunerar o mesmo fato gerador, as verbas são concedidas de forma absolutamente distintas. Essa é situação comum na Administração Pública.

Essa complexidade de pagamentos realizados pela Administração Pública, tanto em número de beneficiários como de distintas definições para a mesma natureza da vantagem, que são concedidos em diferentes órgãos ou Poderes, torna possível o cometimento de erros, fraudes, os quais resultam em inevitáveis prejuízos. Há outras situações que aprofundam esses prejuízos, como as decisões judiciais que determinam ao Poder Público a realização de pagamentos e que, em momento seguinte, são revisadas, cassadas.

Raphael Peixoto de Paula Marques identifica 5 (cinco) hipóteses de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública, e que refletem todo o conjunto de possibilidades (MARQUES, 2010, p.1):

- a) valores recebidos em razão de decisão liminar, tutela antecipada ou sentença revogada ou rescindida;
- b) erro procedimental da Administração, seja quanto ao processamento da folha ou quanto aos valores pagos em duplicidade;
- c) dúvida sobre a correta interpretação da lei;
- d) prática de ato de improbidade administrativa pelo servidor;
- e) contribuição do servidor para o cometimento de equívocos que importem em concessão de vantagens ilícitas e indevidas (má-fé).

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas cita mais hipóteses, conforme a seguir:

- a) prática de ato de improbidade administrativa pelo servidor público;
- b) erro formal e material da Administração Pública no processamento da folha;
- c) erro quanto à apuração e pagamento das parcelas remuneratórias;
- d) interpretação errônea da Administração Pública quanto a determinado dispositivo legal que cause recebimento maior que o devido ao servidor;
- e) má aplicação da lei pela administração;
- f) valores pagos em duplicidade pela administração;
- g) valores recebidos em razão de decisão liminar, tutela antecipada ou sentença revogada ou rescindida;
- h) ato do servidor que importem em equívocos que concedam vantagens ilícitas e indevidas para si ou para outros servidores; e, por fim,
- i) dolo ou má-fé do servidor (VIEGAS, 2012, p. 5).

As hipóteses listadas pelos autores retratam o mesmo conjunto de possibilidades e se distinguem em razão de a professora Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas ser mais específica na caracterização das ocorrências de

⁶⁶ Conforme disposto no art. 7º da Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006.

pagamentos indevidos. De outro modo, nesta dissertação, com foco em agregar as situações; categorizam-se as ocorrências em apenas 4 (quatro), tendo em vista incorporar conceitos já empregados na jurisprudência administrativa e judicial para o tratamento do tema, como o de erro operacional.

Nesse sentido, propõem-se as seguintes categorias a fim de contemplar todas as situações de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública: a) pagamentos indevidos originários de decisão judicial; b) pagamentos indevidos decorrentes de erro operacional da Administração; c) pagamentos indevidos baseados em interpretação inadequada da lei; d) pagamentos indevidos decorrentes de ato doloso ou de má-fé.

A seguir, passa-se a descrever cada uma dessas hipóteses. Antes, porém, traz-se para a discussão cinco conceitos fundamentais para o avanço no objetivo do trabalho: dolo, culpa, má-fé, boa-fé e ato de improbidade administrativa no contexto dos pagamentos indevidos.

1.5.1. Elementos teóricos para a caracterização dos pagamentos indevidos

O trabalho foca os pagamentos indevidos sob três perspectivas: quem pagou (a Administração Pública), quem recebeu (o beneficiário) e quem assumiu efetivamente o ônus (a sociedade). É importante o destaque a esses aspectos, pois a discussão, que ora se inicia, tem reflexo na identificação de elementos de responsabilização pelos atos praticados, e as consequências em termos de prejuízos ao Erário.

Vê-se que, sob a perspectiva da Administração Pública e da sociedade, o pagamento indevido significa ônus, prejuízo, gasto, que diminui o orçamento disponível e necessário para suprir inúmeras demandas existentes. Em um país de enorme desigualdade social⁶⁷ e serviços públicos reconhecidamente de baixa qualidade⁶⁸, quando disponíveis, qualquer valor que seja carregado para fim não

⁶⁷O Brasil - com Índice de Gini de 0,5229 em 2016 - é o 10º país mais desigual do mundo e o quarto na América Latina, só ficando atrás de Haiti, Colômbia e Paraguai, de acordo com reportagem do jornal El País, de 21 de março de 2017, com o título de "Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU" (http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html). Esclarece-se que quanto maior o mencionado índice maior a desigualdade.

⁶⁸A informação tem origem em pesquisa da Confederação Nacional da Indústria (CNI), na qual se pediu aos brasileiros para avaliarem a qualidade 13 (treze) serviços públicos ofertados, e todos obtiveram nota negativa, sendo saúde e segurança os mais mal avaliados, e energia elétrica,

previsto, que não atenda à promoção de uma política pública, merece detida análise, além do encaminhamento de uma solução que seja rápida e efetiva.

Por outro lado, o pagamento indevido, sob a perspectiva de quem o recebe, representa um ganho, um incremento de receita, pelo qual toda a sociedade paga, dos mais pobres aos mais ricos. Manifesta-se como natural desequilíbrio entre o que é devido, pelo esforço empreendido na relação com o empregador público ou em função da contrapartida previdenciária ou assistencial, e o efetivamente pago, em prejuízo do conjunto da sociedade.

Essa disfunção ocorre porque não é possível à Administração Pública, em todos os casos, agir com perfeição, inviabilizando qualquer tipo de erro, impedindo a ocorrência de fraude ou ação maliciosa que tenha por objeto alcançar alguma vantagem indevida em detrimento do Erário. Considera-se ainda o cenário caótico em que convivem diferentes espécies remuneratórias e indenizatórias, e cada Poder e Órgão, com suas particularidades, ademais das distinções quanto a direitos e vantagens estabelecidos para os diferentes agentes públicos.

Ora, a Administração Pública está sujeita a erros, à fraude. Nessa quadra, inserem-se diversos atores, cada um com sua participação na configuração da ação que pode resultar em prejuízo ao erário. Há que se perquirir, portanto, se o agente público que autorizou, ou implementou o pagamento indevido agiu com dolo ou culpa? Houve má-fé? E qual foi a conduta do beneficiário? Ficou caracterizado ato de improbidade administrativa?

Os questionamentos levam à reflexão de que, para cada pagamento indevido, há o recebimento indevido; o que, em tese, demandaria análise específica sob esta perspectiva. De fato, um é consequência do outro; a ocorrência de um implica a do outro em igual medida; a configuração do conceito como praticado, no entanto, dispensa a construção de elementos adicionais de abordagem na medida em que a estrutura utilizada, com o viés de gestão pública, compreende adequadamente os elementos necessários de representação das situações fáticas e jurídicas. É importante ressaltar, assim, que os pagamentos indevidos são apresentados em

ambas as perspectivas, como ato em si de pagamento indevido e também como de recebimento indevido.

Além disso, a construção de respostas aos questionamentos referidos é importante na medida em que a delimitação de cada conduta – do que pagou e do que recebeu – norteia a necessária repercussão patrimonial em prol da recomposição dos prejuízos aos cofres públicos; isso porque decorre da prática de ato administrativo viciado, nulo. Em outro sentido, Maria Sylvia Zanela Di Pietro, ao comparar o tema das nulidades no Direito Civil e no Direito Administrativo, aponta que, em ambos, os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou relativas (atos anuláveis); no entanto, entende que os institutos previstos no Direito Civil não podem ser utilizados no Direito Administrativo em razão das peculiaridades de cada um (DI PIETRO, 2014, p. 257).

O pagamento indevido invariavelmente concretiza-se por meio de vício no ato administrativo que o torna inválido, nos termos definidos na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular); nesse sentido, vai-se contextualizar, brevemente, os conceitos de dolo, culpa, má-fé, boa-fé e de ato de improbidade administrativa, elementos pertinentes ao estudo do tema repercutidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais ao tratar dos pagamentos indevidos e sua respectiva restituição aos cofres públicos.

1.5.1.1. O dolo no ato de pagamento indevido

A realização de pagamentos indevidos pela Administração Pública pode estar acobertada em irregularidades ou condutas ilegais tanto do gestor público como de beneficiários diretos ou indiretos do ato administrativo; e ainda por decisões do Poder Judiciário. O importante, nesse momento, é trazer elementos para a configuração da conduta dolosa na prática desses atos, que se distingue daquela em que mero erro é a causa.

O conceito de dolo nos direitos administrativo, penal e civil tem uma raiz comum (CHOINSKI, 2007a, p. 3). Para que o ato seja doloso no direito penal, aludindo a Zaffaroni e Pierangelli, “o agente deve conhecer efetivamente como pode realizar a conduta proibida e também deve querer realizar a conduta proibida. Os dois momentos, enfeixados, são o que se chamou de ‘representação’ e ‘vontade’” (CHOINSKI, 2007a, p. 2).

O conceito de dolo depende da teoria adotada. Para a teoria finalista da ação, “é a vontade consciente de praticar a conduta típica”. Por sua vez, para a causalista, à vontade consciente de praticar a ação, soma-se a consciência de que se está realizando ato ilícito (NUCCI, 2016, p. 189).

Ainda na perspectiva da teoria finalista, são elementos do dolo, a consciência e a vontade. Aquela existe em relação ao conhecimento do fato que constitui ação típica; e esta substancia-se na intenção de realizá-lo. Nesse sentido, há duas fases na conduta dolosa, uma interna, que opera no pensamento do agente; outra externa, que consiste na exteriorização da conduta, utilizando-se dos meios normais e usuais conforme capacidade humana de previsão (MIRABETE, 2014, p. 127).

Diferentemente do direito penal, o conceito de dolo no direito civil contém “visão mais aberta”⁶⁹, muitas vezes expressada na ideia de culpa, denominada genericamente de responsabilidade civil (CHOINSKI, 2007, p. 2 e 4). Dolo, nesse contexto, é “a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir” (SILVA PEREIRA, 1986, p. 223 *apud* CHOINSKI, 2007a, p. 2).

Há no direito civil um elemento volitivo, assim como no direito penal, que leva à caracterização da infração ou da ilicitude. Ademais, os ilícitos civis, que não se encontram em um rol - tipificados como no direito penal -, são identificados na ocorrência de um prejuízo patrimonial ou de um dano a um interesse legitimamente protegido pelo direito civil (CHOINSKI, 2007a, p. 1-2).

O dolo do Direito Administrativo, em muitas ocasiões, equipara-se ora ao dolo do direito penal, ora ao do direito civil (CHOINSKI, 2007a, p. 2). Nesse sentido,

(...) a configuração da improbidade administrativa depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade (JUSTEN FILHO, 2005, p. 687 *apud* CHOINSKI, 2007a, p. 3).

Está no interesse público *lato sensu* a justificativa para existência e aplicação de sanções, a despeito da ausência de um código administrativo. É a partir desse atributo que se deve ler o dolo e a culpa, pois não há um rol de condutas, mas uma tipologia conceitual e aberta, com a valorização dos princípios da legalidade e da

⁶⁹ Expressão utilizada por Carlos Alberto HohmannChoinski para distinguir o dolo no direito civil e no direito penal (CHOINSKI, 2007a, p. 2).

tipicidade⁷⁰ (CHOINSKI, 2007a, p. 5). Assim, os requisitos essenciais para aferição do dolo no Direito Administrativo são os seguintes (CHOINSKI, 2007a, p. 6-13):

a) observância do princípio da tipicidade, segundo o qual não há infração administrativa sem a previsão anterior da ilegalidade, mas que não está vinculada restritivamente ao tipo (não há um rol no Direito Administrativo), tendo em vista ainda que envolve análise subjetiva do agir do agente, do elemento volitivo que conduziu à ação;

b) ocorrência de desrespeito à legalidade norteadora do ato a ser praticado, ao se buscar finalidade administrativa diversa do interesse público, e necessidade de configuração da ilegalidade;

c) violação à moralidade e à boa-fé, como indicativo da ocorrência de dolo;

d) existência de elementos probatórios para averiguação do dolo, como prova material da obtenção de vantagem, falta de justificativa para a realização do ato ilícito e ação não condizente com a habitualidade da Administração.

O norte para a configuração da conduta administrativa como dolo são “os pressupostos legais da tipicidade, legalidade, moralidade e finalidade pública que obrigatoriamente devem compor o ato administrativo”. A prova do dolo, por sua vez, faz-se mediante a consideração do esteio principiológico, das provas materiais do crime, da irrazoabilidade de medidas, da excepcionalidade da conduta, da falta de motivação e transparência nas ações conduzidas pelos agentes públicos (CHOINSKI, 2007a, p. 13).

Ora, o pagamento indevido tem origem em ato doloso se o agente público, incluído o membro do Poder Judiciário, responsável pela decisão, tinha consciência da ilicitude do ato e, ainda assim, o praticou visando promover benefício próprio ou de terceiros, em detrimento do Erário. Anota-se que a ilicitude está calcada no descumprimento de parâmetros legais, de princípios ou na desvalorização da finalidade pública. De outro modo, os pagamentos indevidos podem ter origem ainda na conduta dolosa de beneficiários ou terceiros na medida em que burlam o

⁷⁰Carlos Alberto Hohmann Choinski cita Fabio Medina Osório, trecho no qual este autor afirma que o princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre do princípio da legalidade (Arts. 5º, II, e 37, caput, da CF/1988).

atendimento aos pressupostos para a concessão dos benefícios distribuídos pelo Poder Público, alcançando vantagem indevida⁷¹.

1.5.1.2. A culpa no ato de pagamento indevido

É importante, para alcançar o objetivo a que se propõe este trabalho, o delineamento da culpa no Direito Administrativo, estabelecendo correlação com os direitos civil e penal. O núcleo do conceito de culpa⁷² “é comum a qualquer instituto normativo, verificando-se uma vontade lícita e um defeito na execução, onde o sujeito deixa de prever ou acredita que não vá ocorrer o evento danoso” (CHOINSKI, 2007b, p. 2).

O conceito de culpa no Direito Administrativo está ligado à ocorrência de prejuízo ao erário; quer dizer que só é possível a responsabilização por culpa se houver prejuízo ao erário, além de norma prescritiva determinadora. Define-se “como ausência do dever de cuidado, mediante o cometimento do ato com negligência, imperícia ou imprudência ou deixar de prever os resultados que adviriam de sua conduta” (CHOINSKI, 2007b, p. 2-3).

A atividade administrativa orienta-se especialmente na legalidade, no interesse e na finalidade pública, daí a impossibilidade de ocorrência de conduta culposa do agente público na origem do ato administrativo, porque não se pode alegar que interpretou culposamente a lei, ou deu finalidade culposa ao ato; o que se tem de verificar é se houve dolo na ação (CHOINSKI, 2007b, p. 3).

Não pode haver culpa na interpretação da lei e que, se o agente, ao praticar um ato administrativo, faz avaliação incorreta da realidade, estar-se-ia diante de um erro de fato e não de direito. A existência de culpa só é admissível na exteriorização

⁷¹Conforme Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18780/RS, ministro relator Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 11/6/2012. Trecho de ementa a seguir: “(...)2. É assente a compreensão de que a obrigação de reparar o dano causado à Administração pelo servidor exige a comprovação de o agente público ter agido com dolo ou culpa, por tratar-se de responsabilidade subjetiva(...)”.

⁷²O conceito de culpa, no direito penal, de acordo com Zaffaroni, situa-se na transgressão do dever de cuidado, em decorrência de negligência, imprudência e imperícia: “O tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque na forma em que se obtém essa finalidade viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELLI, José Henrique, 1997, p. 509, *apud* CHOINSKI, 2007b, p. 1).

O conceito de culpa da Lei nº 8.429, de 1992, elaborado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “o ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia” (GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério, 2004, p. 317 *apud* CHOINSKI, 2007b, p. 2).

do ato, na sua transposição para o concreto, quando influencia fatos da realidade, causando um dano ao erário, a despeito do dever de cuidado e da delimitação legal imposta às coisas do Estado (CHOINSKI, 2007b, p. 4). O trecho, a seguir, ilustra bem o pensamento de CHOINSKI sobre a culpa no Direito Administrativo (CHOINSKI, 2007b, p. 5):

A interpretação da culpa na ação administrativa é restrita e não se pode aplicar genericamente, visto que seus limites são fechados à forma da realização do ato. Como toda atividade administrativa é submetida ao crivo da legalidade, o ato originalmente desviado ou desprovido de finalidade pública, somente pode ser avaliado, em razão do dolo (prévia vontade de cometer o ilícito) e nunca da culpa.

Ainda que se admita a utilização restrita do conceito de culpa, tendo em vista que não se pode admitir avaliação culposa da lei (a avaliação errônea da lei exclui o elemento volitivo que integra o conceito de dolo), isto não quer dizer que seja impossível a admissão da culpa em certos casos. Ela incide justamente na ausência dos deveres de cuidado quando houver a externalização para a realidade do ato administrativo formal. Assim, não pode chegar ao extremo como afirmou Aristides Junqueira que considerou que “a expressão *culposa*, inserta no caput do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional”. Parece-nos que, neste caso, o ex-Procurador Geral da República levou em consideração a incidência da culpa na própria idealização do ato e não na sua execução para inferir a conclusão, a nosso ver, equivocada.

Voltando-se à aplicação dos conceitos mencionados: imagine-se a realização de um pagamento indevido qualquer, como, por exemplo, da gratificação adicional de tempo de serviço em percentual acima do efetivamente devido (em vez de 10%, pagaram-se 15%). Nesse sentido, deve-se, para fins didáticos, focar em duas etapas do processamento do direito: a da concessão e a da operacionalização (implementação).

Na primeira etapa, foram realizados estudos que culminaram na decisão administrativa. É possível, em tese, nesse momento, interpretar de modo equivocado a norma, na eventualidade de algum grau de dubiedade, o menor que seja, para conceder o benefício no percentual maior?

Sim. Porém, CHOINSKI chama a isso de erro de fato, apesar de reconhecer que alguns doutrinadores e Tribunais se valem do conceito de culpa para atribuir responsabilidade nesses casos. Não haveria, portanto, erro de direito, porque a norma está posta e é o parâmetro a ser seguido (princípio da legalidade); o que se pode verificar é se houve dolo, afirma.

Apesar da lógica nos argumentos do referido autor, as leis⁷³ e a jurisprudência, tanto administrativa⁷⁴ como judicial⁷⁵, baseiam-se, em determinadas situações, na culpa como elemento para a definição de responsabilidade pelo ato praticado, o que é defensável na medida em que o erro e o dolo não são suficientes para caracterizar todas as situações de desconformidade ou de ilicitude.

Na segunda etapa, a de operacionalização do direito, inclusão do percentual na folha de pagamento do agente público e que o mencionado autor chama de exteriorização do ato; a possibilidade de culpa é clara, na medida em que o agente administrativo pode agir com negligência, imprudência ou imperícia na inclusão do percentual maior do adicional.

Por fim, não se pode descartar a possibilidade de ação culposa, levada adiante por beneficiário ou terceiro, resultar-lhes em pagamento indevido.

1.5.1.3. A má-fé e a boa-fé no ato de pagamento indevido

Embora não tenha sido expressamente mencionada na Lei nº 8.429, de 1992, o termo má-fé ganhou importância na teoria do direito, bem como utilidade no delineamento da ilicitude e da reprovabilidade de determinadas condutas (GARCIA, 2012, p. 50).

Juarez Freitas questiona se a má-fé, mencionada no final do *caput* do art. 54 da Lei nº 9.784, de 1993, que fixa restrições à incidência do instituto da decadência aos atos administrativos, aplica-se tanto à Administração quanto aos administrados; e a resposta é positiva, pois, segundo o autor, o texto trata da má-fé em sentido geral, abrangendo os dois polos. Assim, no caso de ilicitude grave, a consequência é

⁷³O RJSPC, no art. 122, valora a culpa para atribuição de responsabilidade: “Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”. Da mesma forma, prevê a Lei nº 8.429, de 1992: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente (...)”.

⁷⁴No âmbito do TCU, a jurisprudência é no sentido de que a caracterização da simples culpa (*stricto sensu*) é suficiente para atribuição de responsabilidade por irregularidades cometidas (Acórdão nº 860/2017 – Plenário, Relator ministro Vital do Rego, Sessão de 3/5/2017; Acórdão 1.512/2015-TCU-Plenário, ministro relator Bruno Dantas, Sessão de 17/6/2015).

⁷⁵Deliberações do STJ, nas quais se admite a culpa para avaliação de responsabilidade em relação aos atos de improbidades previstos no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992: REsp 1259906/DF – Relator Ministro Herman Benjamin; REsp 1407862/RO – Relator min. Campbel Marques, Segunda Turma, DJe de 19/12/2014; REsp 1408999/PR – Relator min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 23/10/2013.

a ampliação do prazo decadencial, cuja contagem se inicia com o conhecimento da fraude (FREITAS, 2004, p. 268).

Em oposição à má-fé, a boa-fé⁷⁶, no plano jurídico, “como parte integrante dos juízos valorativos realizados pelo agente no direcionamento de sua conduta”, está associada “ao desconhecimento da injuridicidade de certa conduta ou da presença de circunstâncias fáticas e jurídicas que exigiriam a adoção de comportamento diverso”. Conecta-se ao dever de lealdade, denota ausência de manipulação ou de omissão de informações que poderiam contribuir com a formação de convicção alheia; serve também para aferir se o titular de um direito, ao exercê-lo, excedeu aos limites impostos (GARCIA, 2012, p. 51).

A má-fé, por sua vez, significa a má-intenção, o objetivo deliberado de afrontar a norma proibitiva. Associa-se ao conhecimento da ilicitude, compondo com o dolo o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. Contribui para a aferição de reprovabilidade da conduta considerada ilícita, inclusive justificando a incidência do sistema sancionador. A averiguação da má-fé, no entanto, só é compatível com a ação dolosa, isto é, não pode ser utilizada como elemento nos atos culposos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992 (GARCIA, 2012, p. 52 e 55).

Ressalta-se o desafio de compatibilizar a má-fé com o argumento de incompetência, muito utilizado por agentes públicos quando têm de dar esclarecimentos sobre a prática de atos sob sua responsabilidade, situações em que tentam explicar a ocorrência de ilegalidade – não teria havido intenção deliberada na prática do ato – em razão da ausência de conhecimento suficiente e adequado sobre a matéria deliberada/decidida. A ideia de incompetência, frise-se, estaria mais relacionada a atos culposos que dolosos (GARCIA, 2012, p. 54-56).

A caracterização da má-fé depende de comprovação⁷⁷; a sua delimitação na realização ou no recebimento de valores terá repercussão no tratamento da reposição do indébito.

⁷⁶ Corroborando com suas afirmações, Emerson Garcia cita diversos dispositivos do Código Civil de 2002, entre os quais os arts. 1201, 1202, 128, 167, § 4º, 1238, 1247, parágrafo único; 1259, 1260; 1261 (GARCIA, 2012, p. 50). A boa-fé ou o princípio da boa-fé será discutido de forma mais detalhada no capítulo 3 desta dissertação.

⁷⁷ Conforme entendimento adotado nos relatórios e votos que encaminharam a deliberação no Mandado de Segurança nº 32.569 – DF, ministro redator Edson Fachin, Primeira Turma do STF, em 13 de setembro de 2016.

1.5.1.4. A improbidade administrativa no ato de pagamento indevido

O conceito de improbidade administrativa está ligado a dois pilares fundamentais, as noções de ineficiência funcional e grave desonestidade (MEDINA, 2012, p. 2).

A improbidade administrativa é uma categoria ético-normativa relacionada com a ideia de honra no setor público, “abrangendo as patologias de graves desonestidades e graves ineficiências funcionais dos homens públicos, como espécie de má gestão pública”. Pode ocorrer, por ação ou omissão, ser dolosa ou culposa, perpetrada por agente público no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares (MEDINA, 2012, p. 17).

São elementos, entre outros, caracterizadores da inobservância do dever de probidade administrativa a existência de ações ou omissões dos agentes públicos e o desvalor do resultado e da conduta. O dolo pode ser configurado a partir de elementos factuais e jurídicos, com o desvio de finalidade e de poder. A culpa grave e o erro grosseiro também se inserem na improbidade culposa (MEDINA, 2012, p. 17).

Em outro sentido, destaca-se, no estudo do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, a imprescindibilidade de um liame subjetivo entre o agente e a conduta, e entre esta e o resultado lesivo. Os atos de improbidade administrativa estão agrupados, na Lei nº 8.429, de 1992, em três tipologias: a) no art. 9º, os que importem em enriquecimento ilícito; b) no art. 10º, aqueles que causem prejuízo ao erário; c) no art. 11, os que atentem contra os princípios da Administração Pública (GARCIA, 2012, p. 52).

A menção à tipologia é importante para ressaltar que apenas nas condutas disciplinadas no art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, há referência ao elemento subjetivo do agente (qualquer omissão, dolosa ou culposa); e, nas delimitadas nos art. 9º e 11, não se admite apenas culpa, é preciso, para a reprovação, atitude voluntária almejando o resultado lesivo (GARCIA, 2012, p. 53)⁷⁸. Além disso, é pacífico na

⁷⁸ Conforme a jurisprudência do STJ no REsp nº 1286774/RS, ministro relator Gurgel de Faria, de 16/6/2016.

jurisprudência do STJ que o dolo exigido em relação às condutas do art. 11 da Lei não necessita ser específico, bastando o genérico⁷⁹.

A caracterização das remunerações ilegais – pagamentos indevidos nesses títulos – como atos de improbidade administrativa constitui, de algum modo, zona de penumbra, e recomenda redobrada cautela, salvo nas situações que indicam “dolo manifesto e alta censurabilidade comportamental”, o que implica a aplicação da Lei nº 8.429, que reprime tanto a grave desonestidade, quanto a intolerável ineficiência funcional (MEDINA, 2007, p. 372-377).

Por sua vez, contudo, não há dúvida na jurisprudência do STJ. A Corte, ao confirmar decisão de segunda instância, considerou como ato de improbidade administrativa o ato do gestor que autorizou pagamento (indevido) de adicional de insalubridade sem prévia demonstração de que a situação configurava a condição de insalubridade do ambiente de trabalho dos servidores beneficiados⁸⁰. Em sentido diametralmente oposto, o Tribunal deixou de caracterizar, ratificando decisão de instância inferior, como ato de improbidade administrativa, por ausência de má-fé, o recebimento cumulativo do adicional de 40 (quarenta) horas com a gratificação de chefia⁸¹⁸².

⁷⁹ Conforme AgRg no AREsp nº 798434/SP, ministro relator Herman Benjamin, Segunda Turma, de 19/4/2016.

⁸⁰O STJ, ao julgar o REsp nº 981.570 – AC, relator ministro Castro Meira, 5/11/2009, manteve decisão da Segunda Instância que ementou o seguinte Acórdão: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INSALUBRE; CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PARA OCUPAR CARGO COMISSIONADO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PROVA. (...) 3. Constitui ato de improbidade administrativa a concessão de adicional de insalubridade sem que esteja comprovada, antecipadamente, a condição insalubre do ambiente de trabalho dos servidores beneficiados pela vantagem”. No mesmo sentido, veja-se o REsp nº 300.184-SP, ministro relator Franciulli Neto, em 4/9/2003.

⁸¹Conforme julgado no AgRg no Agravo em REsp nº 8.937 – MG, ministro relator Benedito Gonçalves, em 15/12/2011.

⁸²No mesmo sentido do REsp nº 981.570 – AC, veja-se o REsp nº 1.190.740 – MG, ministra relatora Eliana Calmon, julgado em 3/8/2010, conforme ementa a seguir: RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO POR DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO DECORRENTES DE PAGAMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA INDEVIDA À SERVIDORAS APOSENTADAS - INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA LEI – ILEGALIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO AGENTE PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU CULPA - DESCABIMENTO DA IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE RESSARCIR OS COFRES PÚBLICOS - IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO PELAS RÉS DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE - BOA-FÉ. 1. O tipo caracterizador do ato de improbidade descrito no art. 10 da Lei nº 8.429/92, exige, para sua configuração, além da prova da lesão ao erário, conduta dolosa ou culposa do agente. 2. Na espécie, com base nas circunstâncias descritas no acórdão recorrido, dando conta que os atos praticados foram ancorados em interpretação administrativa do departamento jurídico da

Os pagamentos indevidos materializam-se por meio de falhas ou ilegalidades cometidas pelo agente público e/ou pelos beneficiários dos valores. Nesse sentido, é possível a configuração da conduta como ato de improbidade administrativa, se ficarem caracterizados dolo ou culpa⁸³.

1.5.1.5. O erro no ato de pagamento indevido

Uma das causas mais importantes para a realização de pagamento indevido está no erro cometido pela Administração Pública, que pode ser de direito ou de fato.

Carlos Alberto Horman Choinski discute o papel do erro na doutrina administrativa brasileira com foco no direito sancionador, ao considerá-lo como a única forma de se reconhecer a exclusão do dolo, por meio da falsa representação da lei (CHOINSKI³, 2007, p. 1).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello distingue erro de direito de erro fato:

O erro de direito consiste na errônea suposição ou interpretação da sua aplicação aos fatos, por falsa apreciação do texto legal ou desconhecimento da existência da lei. Portanto, esse erro, indiretamente, em princípio, envolve desrespeito à lei, por falsa ideia da sua causa ocasional, ou seja do seu motivo determinante, que constitui fundamento legal do ato praticado (...)

(...) O erro de fato consiste na errônea verificação dos próprios elementos em que se embasa o ato, por falsa suposição ou ignorância quanto à pessoa ou objeto da relação jurídica, ou mesmo à natureza do ato ou ao seu motivo determinante, isto é, aos fatos que servem de base à manifestação da vontade (...).

autarquia e, especialmente, pelo fato de a norma que dava suporte ao ato impugnado na ação civil pública comportar interpretação em sentidos diversos, é de se concluir que a conduta do agente público, inobstante contrária à lei, não se deu por dolo ou culpa. 3. A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado a obrigação de reposição aos cofres públicos do que foi pago de forma equivocada, por inadequada interpretação e aplicação da lei, nos casos em que reste evidenciada a boa-fé do servidor.

⁸³Nesse sentido, o STJ, no julgamento do REsp nº 981.570 – AC, manteve decisão adotada pelo Tribunal de Justiça do Acre, que confirmou como ato de improbidade administrativa “a concessão de adicional de insalubridade sem que esteja comprovada, antecipadamente, a condição insalubre do ambiente de trabalho dos servidores beneficiados pela vantagem”. Não configurado, no entanto, o dolo ou a culpa, afasta-se a improbidade administrativa, como definido pelo STJ ao julgar o REsp nº 1.190.740 – MG, DJe de 12/8/2010, ementa a seguir:

(...) 1. O tipo caracterizador do ato de improbidade descrito no art. 10 da Lei 8.429/92, exige, para sua configuração, além da prova da lesão ao erário, conduta dolosa ou culposa do agente. 2. Na espécie, com base nas circunstâncias descritas no acórdão recorrido, dando conta que os atos praticados foram ancorados em interpretação administrativa do departamento jurídico da autarquia e, especialmente, pelo fato de a norma que dava suporte ao ato impugnado na ação civil pública comportar interpretação em sentidos diversos, é de se concluir que a conduta do agente público, inobstante contrária à lei, não se deu por dolo ou culpa. 3. A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado a obrigação de reposição aos cofres públicos do que foi pago de forma equivocada, por inadequada interpretação e aplicação da lei, nos casos em que reste evidenciada a boa-fé do servidor.

(MELLO, 1969, p. 527-528).

O Erro de direito ou de proibição tem aplicação restrita no Direito Administrativo em razão da presunção de que o agente público sempre atuará na conformidade da lei, da qual não pode alegar o desconhecimento; e ocorre exatamente quando realiza falsa apreciação do texto legal. Não seria factível, até para o homem médio, exigir que todas as interpretações fossem corretas diante da complexidade e forma de atuação do Estado. Porque o interesse jurídico é distinto no Direito Administrativo em relação ao penal, deve-se usar com parcimônia o erro de direito, devendo ser reconhecido na medida em que o fim buscado era lícito, no plano do interesse e finalidade (CHOINSKI³, 2007, p. 1-3).

Quanto ao erro de fato ou de tipo, Carlos Alberto Horman Choinski apresenta 5 (cinco) distinções (CHOINSKI³, 2007, p. 3-6):

a) erro na interpretação dos fatos que autorizam a aplicação da lei: esse erro materializa o desvio de poder, na medida em que pressupõe a adoção de ato administrativo sem que os requisitos legais para tanto estejam satisfeitos. Como exemplos, pode-se falar em dispensa indevida de licitação, autorização indevida de repasse público;

b) erro na suposição da finalidade pública: ocorre quando o Administrador, no exercício de competência discricionária, antevê finalidade que reputa pública, mas que efetivamente não é. Exemplo disso é a concessão de incentivos fiscais ao setor privado, mas que, ao final, se mostra desvantajoso para o Poder Público.

c) aplicação de lei inconstitucional: em razão dos princípios da presunção de constitucionalidade das leis e da segurança jurídica, o administrador público não pode descumprir a lei; salvo se já tenha sido declarada inconstitucional pelo Órgão competente do Poder Judiciário.

d) erro sobre os meios que devam ser utilizados para atingir finalidade lícita: ocorre quando, para alcançar a finalidade pública, o agente adota meios não autorizados na lei. É mais uma situação de desvio de poder, tendo em vista que a Administração tem de observar não só os fins legais, como também as formalidades para alcançá-los.

e) erro justificado e erro injustificado: são identificados a partir da análise do caso concreto, “(...) medindo-se a proporção de interesse público posto em jogo, a quantidade de prejuízo causado e também a avaliação das condições que o agente tinha no momento em que agiu desta ou daquela forma”.

O pagamento indevido pode ocorrer em razão do cometimento de um erro de direito, quando a Administração falha na interpretação da norma legal, aplicando-a inadequadamente à situação fática. Também pode acontecer na forma de erro de fato (operacional), quando três das distinções mencionadas ganham importância (letras “a” e “e”). Primeiro, a partir de equivocada interpretação dos fatos – na via inversa do erro de direito -, aplica-se a lei, isto é, o erro dá-se com a prática de um ato que não observa os requisitos materiais para sua adoção, em relação a elementos como sujeito, objeto, etc.; segundo, envolve a ponderação do que seja erro justificado ou injustificado, na qual se deve considerar o interesse público envolvido, bem como o prejuízo decorrente do ato praticado.

1.5.2. A atecnia na caracterização e o delineamento das hipóteses de pagamentos indevidos

A caracterização do pagamento indevido, no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário, reflete relativa atecnia na identificação dos seus elementos constitutivos, assim como importante grau de criatividade no enquadramento jurídico.

Veja-se que o pagamento indevido originário de um ato doloso ou culposo do agente público ou do beneficiário, agente público ou não, pode gerar diferentes consequências, tanto em termos de sanção a ser aplicada, inclusive penal, quanto à restituição dos valores pagos.

Nesse sentido, também a doutrina e a jurisprudência têm coincidido, quanto ao pagamento indevido decorrente de erro, em qualificá-lo ora como erro operacional, ora como erro de interpretação jurídica⁸⁴. O aprofundamento da

⁸⁴Conforme Ag no REsp nº 1.598.380 – MG, ministro relator Og Fernandes, Segunda Turma, em 27/9/2016.

questão impõe-se, diante disso, pois em várias ocasiões uma conduta que poderia ser configurada na primeira classificação é tratada na segunda, e vice-versa⁸⁵.

É importante destacar que os Tribunais Superiores, especialmente o STJ, neste momento, tendem a atribuir o mesmo efeito jurídico às diferentes situações; contudo isso ainda não se consolidou. Assim, a qualificação inadequada ou atécnica do erro, operacional ou de interpretação jurídica, gera tratamentos e consequências impróprios.

Quer-se dizer, de forma didática, que um lançamento equivocado na folha de salário de beneficiário qualquer; por exemplo: o pagamento de uma gratificação que ele nunca havia recebido antes, em decorrência de falha no sistema; não pode ser entendido como um erro de interpretação jurídica, mas operacional. De outro modo, o pagamento da gratificação de desempenho a servidores de determinada carreira, no percentual de 50% incidente sobre o maior vencimento básico da carreira, amparado em parecer jurídico; o qual, depois é revisado, concluindo por outra base de cálculo; não pode ser considerado um erro operacional, mas erro de interpretação jurídica.

Há ainda outro aspecto que merece menção. Observa-se na jurisprudência a construção de distinções criativas - muitas vezes desnecessárias - para justificar os posicionamentos adotados. Assim, por exemplo, em relação ao erro operacional que gerou um pagamento indevido que não deveria ser repostos; em um caso concreto qualquer, decide-se pela restituição, pois a Administração Pública agiu com rapidez na comunicação do fato ao beneficiário e na reversão da situação. Por sua vez, a mesma situação teria desfecho oposto, se o pagamento indevido alcançasse, de forma recorrente e generalizada, todos os servidores do órgão⁸⁶.

Na sequência, categoriza-se os pagamentos indevidos, visando contemplar todas as situações possíveis, norteando-se pelos apontamentos de Raphael Peixoto de Paula Marques e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, citados anteriormente:

⁸⁵Conforme deliberação no REsp nº 1.646.951 – RS, enquanto na ementa se trata de erro operacional; no voto, desenvolve-se a tese do erro de interpretação ou aplicação da lei (ministro relator Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/3/2017).

⁸⁶ Veja-se, nessa linha, a deliberação no REsp 1.521.115-SE, relatado pelo ministro Herman Benjamin, publicado no DJe de 12/9/2016.

I - Pagamento indevido originário de decisão judicial

São classificados nesse grupo os pagamentos realizados pela Administração Pública, determinados pelo Poder Judiciário em decisões definitivas, com trânsito em julgado, ou provisórias, tutelas cautelar ou antecipada e execução provisória de sentença, favoráveis à concessão de direitos e que tenham como efeito o dispêndio de valores; deliberações essas que posteriormente venham a ser revogadas ou rescindidas e que, conforme fixa o § 3º do art. 46 do RJSPC, há expresso dever de restituição.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, no art. 1.059, ao mandar aplicar o disposto no art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, vedou a concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública nas hipóteses de “reclassificação ou equiparação de servidores públicos”, “concessão de aumento ou a extensão de vantagens” e “pagamento de qualquer natureza”.

Além disso, o NCPC, ao determinar o emprego do disposto nos arts. 1º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, estabeleceu outras restrições para a concessão de tutela provisória contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público, as quais se utilizam de forma indistinta, tanto para provimentos cautelares quanto satisfativos, deferidos sumária ou provisoriamente em antecipação dos efeitos da tutela, em ação ordinária ou mandado de segurança (CRISPIM DA SILVA, 2016, p. 8):

- (a) não caberá liminar em ação cautelar contra o Poder Público toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (art. 1º, caput). Ex.: Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º;
- (b) não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (art. 1º, § 1º);
- (c) não será admissível liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º);
- (d) caberá ao presidente do tribunal, ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso, suspender a execução da liminar nas ações cautelares intentadas contra o Poder Público, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º);
- (e) comportará agravo (interno), no prazo de cinco dias, a decisão do presidente, tanto no caso de conceder ou negar a suspensão da liminar (art. 4º, § 3º);
- (f) as regras sobre suspensão de liminar aplicar-se-ão também à sentença da ação cautelar inominada contra o Poder Público (art. 4º, § 1º) ((Jr., THEODORO, 2016, p. 630)

Nayara Crispim da Silva anota que o art. 59 do NCPD respeitou a disciplina do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que unificou o sistema de tutela de urgência contrárias à Fazenda Pública, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4⁸⁷ (CRISPIM DA SILVA, 2016, p. 8-9). Apesar da constitucionalidade do referido dispositivo, que restringiu a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública⁸⁸; isso não tem impedido, em casos excepcionais, que a “jurisprudência venha acolhendo a concessão de tutela antecipada, reconhecendo a sua indispensabilidade para evitar o perecimento de direito” (GRECCO, 2014).

É importante destacar a disposição do art. 2º-B da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997⁸⁹, que veda a execução de sentença, antes do trânsito em julgado, que tenha por objeto a “liberação de recurso, a inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens” a servidores estatais. O STJ, no entanto, afirma que se deve interpretar restritivamente o dispositivo, uma vez que não se aplica aos casos de “restabelecimento de vantagens”⁹⁰, nem alcança as “causas de natureza previdenciárias”, como a imediata implantação de pensão por morte⁹¹. Acrescenta-se que o art. 520, inciso I⁹², do NCPD fixa a responsabilidade do exequente pela reparação dos danos decorrentes da execução provisória de sentença.

⁸⁷Trecho da Ementa da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA” (ministro redator Celso de Mello, julgado em 1º/10/2008).

⁸⁸Luiz Guilherme Marinoni considera inconstitucional norma que restrinja a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pois, segundo o autor, feriria o princípio da efetividade da tutela jurisdicional (MARINONI, 2006, p. 330).

⁸⁹ Está estabelecido no art. 2º-B da Lei nº 9.494 de 1997: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)”.

⁹⁰Conforme AgRg no AREsp 548.441/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 24/9/2014.

⁹¹Conforme AgRg no EDcl no AREsp 240.513/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 06.03.2015.

⁹²Art. 520 e inciso I do NCPD: “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (...)”

A título ilustrativo, poderão ser caracterizados como pagamentos indevidos os realizados à magistratura nacional, a título de auxílio-moradia, deferidos em medida cautelar⁹³ pelo ministro Luiz Fux, caso a sua decisão de conceder o benefício, em setembro de 2014, não seja confirmada pelos demais ministros do STF, conta que, diga-se de passagem, anualmente, alcança cifra estimada de 350 milhões⁹⁴.

II - Pagamento indevido decorrente de erro operacional da Administração

Nessa categoria, estão classificados os pagamentos que a Administração Pública realiza em razão de erro operacional na implementação de direito ou vantagem em favor do agente público ou beneficiário. Contempla o conceito de erro de fato anteriormente mencionado. São exemplos: erro formal e material da Administração Pública no processamento da folha (lançamentos automáticos do sistema informatizado com inconsistências); erro quanto à apuração e pagamento das parcelas remuneratórias; valores pagos em duplicidade pela Administração.

Veja-se que esse tipo de pagamento indevido tem origem em falha procedimental, inclusive em sistemas informatizados, de técnica e cálculo do agente público ou cadeia decisória responsável pela prática do ato, cujo foco é a apreciação de elementos de natureza fática, e não jurídica. Assim, por exemplo, a inclusão de um direito ou vantagem com valor superior ao devido – pagamento de uma gratificação em lugar de outra - configura claro erro operacional.

Esclarecendo de forma mais didática, se o agente público tem direito a 10% de adicional por tempo de serviço⁹⁵ e, quando da concessão da vantagem pelo Poder Público, a pessoa incumbida da tarefa calcula 12% e é (foi) esse o percentual pago ao beneficiário; trata-se, como se vê, de erro operacional. Configuraria a mesma classificação se, em vez de o erro ter sido cometido na hora de apurar o direito, ocorresse no momento da implementação do pagamento, com o lançamento em um sistema específico. O agente equivoca-se e, em vez de digitar 10, faz o

⁹³ O ministro Luiz Fux determinou, em medida cautelar, o pagamento de auxílio-moradia a membros da magistratura nacional, ao apreciar os pleitos formulados na AO 1773 – Ajufe, AO 1946 – AMB e ACO 2.511 – Anamatra.

⁹⁴ Valor estimado pela AGU, de acordo com informação publicada, em 2/10/2014, no sítio do Órgão, e que custearia o auxílio-moradia de 6.773 magistrados federais. Não contempla, portanto, o gasto relativo a membros do Ministério Público, cuja consideração ampliaria o valor da despesa total.

⁹⁵ O adicional por tempo de serviço foi revogado pela Medida Provisória nº 2225-45, de 2001, mas há agentes públicos que o mantém incorporado nos direitos e vantagens, por ter satisfeitos os requisitos para tanto oportunamente.

lançamento de 12. Há, nessa linha, inúmeras possibilidades de concretização, com erros no processo da folha de pagamento.

Além disso, veja-se que o RJSPC estabelece que o adicional de férias⁹⁶ corresponde a 1/3 da remuneração a ser pago por ocasião das férias. Eis que, em um caso concreto, foi considerado equivocadamente no cálculo o valor de função de direção que o agente tinha exercido dois anos antes. Ora, há claro erro operacional.

III - Pagamento indevido baseado em interpretação inadequada da lei

Os pagamentos indevidos decorrentes de interpretação inadequada da lei pressupõem que o agente público, tomador da decisão, contava com diferentes soluções jurídicas para a concessão do direito ou vantagem. Contempla os pagamentos decorrentes de erros de direito, entre os quais se inserem os erros grosseiros de interpretação da norma. Exemplos: interpretação errônea da Administração Pública quanto a determinado dispositivo legal que cause recebimento maior que o devido ao servidor; má aplicação da lei pela Administração Pública.

Corroborando a caracterização de algumas ocorrências desse tipo de pagamento indevido a existência de pareceres, decisões, instruções normativas que veiculam posicionamento favorável à concessão da vantagem ou do direito. Anota-se, por sua vez, que não pode ser caracterizado como pagamento indevido o direito concedido em determinado momento e, mais adiante, muda-se a interpretação jurídica para considerá-lo ilegal, se originalmente havia fundamentos razoáveis para a concessão da vantagem, entendimento este que está em consonância com a Lei nº 9.784, de 1993, ao vedar a retroatividade de nova interpretação (art. 2º, inciso XIII).

É importante distinguir, para essa modalidade, duas situações quanto à divergência na interpretação da norma. Primeiro, a decisão que fundamentou os pagamentos indevidos, adotada atualmente, está sustentada em teses jurídicas que, em algum momento, foram majoritárias. Segundo, de modo diverso, a decisão administrativa, de forma açodada, seguiu posições, entendimentos sempre minoritários e de pouca sustentação jurídica.

⁹⁶ Nos termos do art. 76 e parágrafo único do RJSPC, “Independentemente de solicitação, será pago ao servidor, por ocasião das férias, um adicional correspondente a 1/3 (um terço) da remuneração do período das férias”. E, ainda, “No caso de o servidor exercer função de direção, chefia ou assessoramento, ou ocupar cargo em comissão, a respectiva vantagem será considerada no cálculo do adicional de que trata este artigo”.

Veja-se que a decisão administrativa de realizar pagamento baseada em uma solução jurídica controversa – há argumentos fortes favoráveis e em oposição– contraria os parâmetros básicos nos quais se escora a condução da coisa pública, entre os quais os princípios da legalidade e da moralidade. Se existe dúvida quanto à concessão de um direito ou vantagem, o mais adequado é o não deferimento do benefício ou a não tomada de decisão até que a questão amadureça juridicamente.

Nesse contexto, acrescenta-se, a concessão de direito ou vantagem baseada em manifestações ou pareceres que reproduzem teses minoritárias pode ser analisada, em algumas situações, sob o enfoque da existência ou não de dolo ou má-fé na prática da conduta administrativa.

IV - Pagamento indevido decorrente de ato doloso ou de má-fé

A classificação de pagamentos nessa modalidade implica o reconhecimento de dolo ou má-fé do agente público que os concedeu, ou dos beneficiários do direito ou vantagem obtidos em detrimento dos cofres públicos. Exemplos: prática de ato de improbidade administrativa pelo agente público; ato do agente que importe em equívocos que concedam vantagens ilícitas e indevidas para si ou para outrem.

Nesses casos, o agente público pratica atos, com dolo ou má-fé, com vistas a concessão de benefícios indevidos em prejuízo da Administração Pública, muitas vezes tendo, ele próprio, como beneficiário. Além disso, estão contemplados nesta classificação os pagamentos realizados como decorrência de conduta levada a efeito pelo próprio destinatário do direito ou vantagem, que agiu com dolo ou má-fé, com ou sem a colaboração do agente público.

Raphael Peixoto de Paula Marques, mencionado anteriormente, expõe duas situações aqui agregadas em uma só. Aponta pagamentos indevidos decorrentes de ato de improbidade administrativa do agente público, bem como aqueles decorrentes de equívocos cometidos por esses agentes que importem em concessão de vantagens ilícitas e indevidas (MARQUES, 2010, p. 1).

A agregação que se propõe, portanto, contempla as situações expostas pelo mencionado autor, quando ficar configurado ato de improbidade administrativa, salvo se por ato culposos, além daquelas em que o pagamento indevido decorre de ação dolosa ou de má-fé do próprio beneficiário.

A título ilustrativo, cita-se a concessão de aposentadoria, no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social(RPPS), a agente público que teve averbado, com fraude, tempo de serviço prestado em iniciativa privada, repercutindo no pagamento indevido de adicionais.

1.6. Os pagamentos indevidos em duas nações

Os pagamentos indevidos não são ocorrência comum apenas no Brasil, isso porque estão relacionados não somente às práticas adotadas na Administração Pública, que se sujeitam, em diferentes graus, a erros e a irregularidades cometidos, e se conectam com a ausência de adequada gestão; mas também com a forma de lidar com a coisa pública, envolvendo inclusive aspectos culturais.

Fez-se opção, no entanto, por tratar do tema em apenas dois países, Espanha e Portugal, em virtude da maior disponibilidade de informações e menor dificuldade de compreensão do processo decisório que cerca a questão⁹⁷. Especialmente em relação ao último país mencionado, o aspecto cultural e a ligação com o Brasil também são motivos relevantes para que se inclua no objeto da pesquisa. O intuito, efetivamente, restringiu-se a relatar as práticas adotadas em outros nações, e que os elementos apresentados acima corroboraram no sentido da escolha.

1.6.1. Na Espanha

Na Espanha, a ocorrência de pagamentos indevidos realizados pelo setor público estatal⁹⁸ está disciplinada na Lei nº 47, de 26 de novembro de 2003, que regulamenta o regime orçamentário, econômico-financeiro, de contabilidade, intervenção e controle financeiro, alcançando inclusive aqueles efetivados no âmbito da seguridade social.

⁹⁷A menor dificuldade na compreensão do processo decisório não significou facilidade, dada a natural complexidade em se conhecer o processo decisório de outros países e, ainda, o conteúdo veiculado nas decisões sobre tema específico, no caso os pagamentos indevidos.

⁹⁸ Setor público estatal é expressão utilizada na Lei 47, de 2003, e que abarca diversas órgãos ou entidades do Estado, como “La Administración General del Estado” e “El sector público institucional estatal”, os quais, por sua vez, são integrados por diversos organismos públicos, entidades, autoridades, consórcios, etc.

O art. 77⁹⁹ da Lei nº 47, de 2003, define pagamento indevido como aquele que se realiza por erro material, aritmético ou de fato em favor de quem não é credor em relação à Administração, ou em quantia que excede àquela que é efetivamente devida, conforme reconhecimento do direito.

Ressalta-se que o dispositivo trata especificamente de erros materiais, aritméticos ou de fato; deixando clara a distinção do procedimento de restituição quando o caso for de erros de direito, de interpretação jurídica.

A sentença¹⁰⁰ do Tribunal Superior de Justiça de Pamplona¹⁰¹ traz subsídios para a adequada compreensão do dispositivo, em trecho que remete ao entendimento do Tribunal Supremo¹⁰² sobre o tema. De acordo com a decisão, caracteriza-se como erro material ou de fato por ser “ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por si solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizando-se ‘prima facie’ por su sola contemplación”. Sua configuração é objetiva não dependendo de opinião ou interpretação jurídica¹⁰³. Em contraposição a essa classificação, a sentença menciona o erro de direito ou de qualificação jurídica.

Na sequência, o Tribunal Superior de Justiça de Pamplona, ainda transcrevendo o entendimento do Tribunal Supremo, apresenta os requisitos do erro material ou de fato:

que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas, o transcripciones de documentos, que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierta, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de error de normas jurídicas aplicables, que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y

⁹⁹A Lei 47, de 2003, no art. 47, 1, estabelece: “1. A los efectos de esta Ley se entiende por pago indebido el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, en favor de persona en quien no concurrir derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor”.

¹⁰⁰ Na Sentença nº 000279/2016, de 15 de junho de 2016, o Tribunal Superior de Justiça de Pamplona/Iruna julgou o recurso contencioso-administrativo nº 235/2015, no qual se buscava cassar decisão administrativa que impunha o dever de restituir valores recebidos indevidamente.

¹⁰¹No Superior Tribunal de Justiça, são julgadas ações penais, de contencioso-administrativo e social, conforme arts. 73 a 75 da Lei Orgânica do Poder Judiciário nº 6/1985, de 1º de julho. Tramitam, no contencioso-administrativo e eventualmente no social, as demandas relativas a pagamentos indevidos.

¹⁰²No Tribunal Supremo, encerram-se competências para julgamento de demandas civis, penais, do contencioso-administrativo e social, nos termos dos arts. 56 a 59 da Lei Orgânica do Poder Judiciário nº 6/1985, de 1º de julho.

¹⁰³ É o que depende do trecho da Sentença nº 399/2016, do Tribunal Superior de Justiça de Pamplona/Iruna, ao mencionar os requisitos para caracterização de pagamentos indevidos, formulados pelo Tribunal Supremo em sentença de 18 de janeiro de 1985.

consentidos, que no se produzca una alteración fundamental em el sentido del acto (pues no existe error material cuando sua apreciación implique um juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no parezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación de l mismo, enquanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, por ser el acto administrativo rectificador ha demostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la administración, sob pretexto de su potestade rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, que se aplique con profundo critério restrictivo.

Os requisitos sinalizam para análises em dois sentidos: a) o que o erro material ou de fato deverá conter, como equívocos elementares de nomes, datas, operações aritméticas, que sejam claros, não havendo necessidade de interpretações; b) por outro lado, o que não deverá gerar como consequência da sua correção, quais sejam: alteração fundamental no sentido do ato, nem sua anulação ou revogação enquanto criador de direitos subjetivos.

Prevê o item 2 do art. 109 da Lei nº 39, de 1º de outubro de 2015, a possibilidade de a Administração Pública retificar a qualquer momento, de ofício ou a requerimento dos interessados, os erros materiais, de fato e aritméticos nos atos administrativos. Por sua vez, se os pagamentos indevidos têm origem em erro de interpretação jurídica, o encaminhamento da matéria dá-se nos termos das regras de revisão de ofício de atos nulos¹⁰⁴ e anuláveis, é o que dispõe o item 3 do art. 77 da Lei nº 47, de 2003¹⁰⁵.

1.6.2. Em Portugal

O conceito de pagamentos indevidos encontra-se delimitado no item 4, do art. 59 da Lei de Organização e Processo e Regulamento Geral do Tribunal de Contas do País¹⁰⁶. De acordo com o dispositivo, consideram-se pagamentos indevidos, para efeito de reposição, aqueles que causarem dano ao erário, inclusive correspondam à contraprestação inadequada ou desproporcional em função das atribuições e

¹⁰⁴ São motivos para a declaração de nulidade do ato, entre outros, previstos no art. 47, item “f” da Lei nº 39, de 2015 : “f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

¹⁰⁵ A revisão mencionada no dispositivo está regulada no art. 106 da Lei nº 39, de 1º de outubro de 2015 (Lei do “Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”).

¹⁰⁶ Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 48/2006, de 29 de agosto; 35/2007, de 13 de agosto; 3-B/2010, de 28 de abril; 61/2011, de 7 de dezembro; 2/2012, de 6 de janeiro e 20/2015, de 9 de março.

atividades a serem desempenhadas como contrapartida aos gastos estatais realizados¹⁰⁷.

A expressão está inserida no âmbito da atuação do Tribunal de Contas¹⁰⁸ e sua jurisdição, que envolve o Estado e seus serviços, institutos públicos, instituições de segurança, associações, empresas municipais, empresas concessionárias, fundações de direito privado, entidades de qualquer natureza com participação de capital público, entre outras¹⁰⁹.

O contexto no qual se destaca a expressão no direito português, e aqui reportado, é distinto daquele apresentado no direito espanhol, em que a disciplina se dirige especificamente a pagamentos indevidos realizados a agentes públicos ou a beneficiários da seguridade social, mas sem a pretensão de ser exclusivo.

O Decreto-Lei nº 155/1992, de 28 de julho, que criou o (então) novo regime de administração financeira do Estado, ainda em vigor, fixou, nos art. 36 a 38, a forma de reposição de dinheiros públicos ao Estado, sem mencionar expressamente a causa para a medida, que pode estar ligada a pagamentos indevidos; é o que se depreende.

Julgados do Supremo Tribunal Administrativo¹¹⁰ corroboram a compreensão da expressão, para a qual não há divergência quanto ao conteúdo significativo definido na Lei de Organização e Processo e Regulamento Geral do Tribunal de Contas do País. No acórdão de 5/6/2008, o Plenário do Órgão caracterizou como indevido o pagamento realizado a docente especializado, em regime de acumulação, em bases diferentes do índice de escalão remuneratório, o que ficou configurado como duplicidade¹¹¹.

¹⁰⁷ A lei 98/97, de 26 de agosto, no item 4, art. 59, estabelece: “Consideram-se pagamentos indevidos para o efeito de reposição os pagamentos ilegais que causarem dano para o erário público, incluindo aqueles a que corresponda contraprestação efetiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada atividade”.

¹⁰⁸ É o órgão máximo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das Contas. Tribunal especializado, de natureza financeira, possui atribuições, além de jurisdicionais, de outras naturezas, como emitir parecer sobre a conta geral do Estado.

¹⁰⁹ No art. 2º da Lei de Organização e Processo e Regulamento Geral do Tribunal de Contas de Portugal, está definido o âmbito de competência do órgão.

¹¹⁰ Nos termos da Lei nº 13, de 19 de fevereiro de 2002, item 1 do art. 11, o Supremo Tribunal Administrativo é o órgão máximo da hierarquia dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

¹¹¹ Em deliberação de uniformização de jurisprudência (Nº Convencional JSTA00065072), da Relatoria de Pais Borges, é julgado, em 5/6/2008, caso de reposição de valores ao erário, fixando-se jurisprudência sobre o tema. Ementa do Acórdão: “O despacho que ordena a reposição nos cofres do

Em outro trecho da deliberação de 5/6/2008, o Tribunal discute, a partir da situação que lhe é colocada para deliberação, a realização de pagamentos indevidos, distinguindo as ocorrências de erro jurídico das de cálculo, contabilístico ou material ostensivo¹¹². E nesse contexto, os atos de processamento da folha, que deram causa a pagamentos indevidos, não são tratados como meras operações materiais, mas verdadeiros atos administrativos.

1.7. Objetivo do capítulo

O objetivo do capítulo consistiu em construir não só o significado claro dos termos pagamento indevido no âmbito do Direito Administrativo, mas traduzir a sua dimensão como despesa pública.

A discussão transitou pela identificação de elementos característicos, as situações em que ocorrem, a complexidade de direitos e vantagens concedidos pela Administração Pública, a atecnia no tratamento jurídico, fatores que os tornam possíveis. Além disso, apresenta-se o seu disciplinamento nos direitos espanhol e português.

No capítulo seguinte, vai-se discutir o tratamento dado pelo sistema jurídico para uma ocorrência que, em princípio, não deveria ter tratamento tão polêmico e conflituoso, aliás deveria ser simplório, qual seja: a reposição do valor por quem se beneficiou indevidamente.

Estado de quantias indevidamente recebidas, dentro dos cinco anos posteriores ao seu recebimento, ao abrigo do art. 40º, nº 1 do DL nº 155/92, de 28 de Julho, não viola o art. 141º do Código do Procedimento Administrativo, atento o disposto no nº 3 do DL nº 155/92, de 28 de Julho, preceito de natureza interpretativa introduzido pelo art. 77º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro”.

¹¹² A distinção apresentada, entre erro material ostensivo e erro jurídico, também é referida em várias outras deliberações, a exemplo do JSTA0006065, da relatoria de Antonio Madureira.

2. A REPOSIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS

2.1. A reposição dos pagamentos indevidos nas normas brasileiras

No capítulo anterior, estudaram-se, além do tratamento normativo, vários aspectos pertinentes aos pagamentos indevidos, tema que, por via de consequência, é regulado em conjunto com a restituição dos valores ou do indébito. Discutir um aspecto passa necessariamente pela análise do outro, dada a complementariedade dos assuntos.

Neste capítulo, vai-se focar especificamente na reposição dos valores, sem deixar de fazer as considerações oportunas, quando necessárias, sobre os pagamentos indevidos, no âmbito dos Direitos Administrativo, Previdenciário e Civil.

Para a finalidade da pesquisa, o RJSPC, a partir do art. 46, estabelece as regras aplicáveis. Prevê que para reposição e indenização ao erário de valores pagos indevidamente, a serem realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias, admitida a possibilidade de parcelamento, deve haver comunicação prévia ao servidor, ativo ou aposentado, e ao pensionista¹¹³.

A norma fixa que a reposição deve ocorrer imediatamente, em uma única parcela, se incluída na folha salarial do mês anterior¹¹⁴. Além disso, quando a restituição tiver origem em rescisão ou revogação de decisão liminar, tutela antecipada ou sentença, os valores serão atualizados até a data da reposição¹¹⁵.

O servidor demitido, exonerado, com aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá 60 (sessenta) dias para quitar o débito¹¹⁶. Destaca-se, ainda, o § 2º do art. 185 do RJSPC que prescreve a restituição dos valores obtidos com benefícios resultantes de fraude, dolo ou má-fé¹¹⁷.

A reposição de pagamentos indevidos também está estabelecida no âmbito do direito previdenciário, nos termos do art. 115, inciso II, da Lei nº 8.213, de 1991.

¹¹³Regra prevista no *caput* do art. 46 do RJSPC.

¹¹⁴Regra prevista no § 2º, art. 46 do RJSPC.

¹¹⁵Regra prevista no § 3º, art. 46 do RJSPC.

¹¹⁶Regra prevista no art. 47 do RJSPC.

¹¹⁷Prescreve o § 2º do art. 185 do RJSPC: “Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem: (...)§ 2º O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou má-fé, implicará devolução ao erário do total auferido, sem prejuízo da ação penal cabível”.

No âmbito do direito civil, além do enriquecimento do *ascipiens* e o empobrecimento do *solvens*, outro principal pressuposto para a caracterização do pagamento indevido é a inexistência de causa jurídica para a sua realização, tendo em vista que só há reprovação para o enriquecimento não originário em uma causa lícita ou jurídica (GONÇALVES, 2013, p. 614)¹¹⁸.

A restituição dos pagamentos indevidos está prevista, como regra geral, no art. 876 do Código Civil, ao prescrever a devolução do que se recebeu de forma indevida, inclusive no caso de dívida condicional antes de cumprida a condição. A norma orienta-se pelo princípio de que o enriquecimento sem causa gera o direito à repetição daquele que se empobreceu (MONTEIRO, 2014, p. 566).

A voluntariedade e o erro, o qual demanda prova, na realização dos pagamentos indevidos são requisitos para se buscar a restituição do indébito. Se não houver erro, mas ação consciente, não se pode falar em repetição do indébito, conforme se depreende do art. 877¹¹⁹ do Código Civil (GONÇALVES, 2013, p. 615).

Anota-se que, se o pagamento não for voluntário, isto é, decorrer de decisão judicial, ainda que indevido, não cabe a restituição, a não ser que se tenha êxito na rescisão do julgado. Há que se registrar, ainda, que tanto o erro de fato como de direito são causas para a restituição dos pagamentos indevidos, e que apenas pequena parcela da doutrina entende, atualmente, que o último tipo não gera a repetição do indébito (MONTEIRO, 2014, p. 566 e 568).

Como visto, o pagamento indevido faz nascer, assim como nos direitos do consumidor e tributário, o direito à repetição do indébito, mas essa restituição depende de dois aspectos, o *animus* do *ascipiens* e a natureza da prestação (DINIZ, 2016, p. 851-852; MONTEIRO, 2014, p. 574).

Se o *ascipiens* estiver de boa-fé, equipara-se ao recebedor de boa-fé, e, portanto, deverá devolver o valor recebido indevidamente, mas tem direito a: i) conservar os frutos percebidos e receber indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias; ii) levantar os valores gastos com benfeitorias voluptuárias se não houve deterioramento da coisa; iii) reter as necessárias e úteis, enquanto os valores

¹¹⁸Washington de Barros Monteiro, com o mesmo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, sintetiza o conteúdo do pagamento indevido em uma fórmula composta pelo enriquecimento ilícito, mais empobrecimento, mais ausência de causa, o que resulta no indébito (MONTEIRO, 2014, p. 565)

¹¹⁹O art. 877 do Código Civil estabelece: “Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”.

com benfeitorias voluptuárias não forem devolvidos; iv) não responder por perda da coisa ou por suas deteriorações, se não agiu com culpa¹²⁰ (DINIZ, 2016, p. 852).

Por sua vez, se houve má-fé ao receber valor que não lhe cabia, o beneficiário (DINIZ, 2016, p. 852):

Deverá devolver, além da coisa, os frutos percebidos e os percibidos; não terá direito à indenização das benfeitorias úteis, nem a levantar as voluptuárias, e responderá pelo perecimento e pelas deteriorações, ainda que ocasionados por força maior ou caso fortuito, salvo se provar que o fato ocorreria, mesmo que não tivesse havido o pagamento indevido. Todavia, será ressarcido pelas benfeitorias necessárias, sem, contudo, ter direito de retê-las (CC, art. 878).

De outro modo, se o pagamento indevido se der na forma de um imóvel, aquele que o recebeu responderá pelo valor recebido, caso o tenha alienado, a título oneroso, de boa-fé. No entanto, se o alienou de má-fé, responderá pelo valor recebido mais perdas e danos. Além disso, “Se o imóvel foi alienado gratuitamente, ou se, alienando-se por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, caberá ao que pagou por erro o direito de reivindicar o bem junto ao adquirente”¹²¹ (DINIZ, 2016, p. 852).

Se o pagamento indevido consistir ainda na obrigação de fazer ou de não fazer, fundada em contrato ou em decisão judicial, aquele que recebeu a prestação, independentemente de ter agido de boa ou má-fé, fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido¹²². Nesse caso, o resultado patrimonial positivo decorrente da ação ou da omissão deve ser restituído ao seu gerador, a fim de que não se configure enriquecimento sem causa (MONTEIRO, 2016, p. 572).

Situações excepcionais, no entanto, afastam o direito à restituição dos pagamentos indevidos (DINIZ, 2016, p. 853; MONTEIRO, 2014, p. 572), a saber:

a) o *accipiens* quanto a valor recebido de quem não é devedor como parte de dívida verdadeira, e inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam o direito¹²³;

b) o pagamento destinado a solver dívida prescrita, obrigação natural ou judicialmente inexigível¹²⁴, a exemplo débito de jogo, de juros de empréstimo de dinheiro ou de coisas fungíveis;

¹²⁰Nos termos do art. 878 do Código Civil.

¹²¹Regra prevista no art. 879 e parágrafo único do Código Civil.

¹²²Regra prevista no art. 881 do Código Civil.

¹²³Regra prevista no art. 880 do Código Civil.

c) quando o *solvens* paga importância com intuito de obter fim ilícito ou imoral¹²⁵.

Salvo as exceções apresentadas, a repetição dos pagamentos indevidos, como regra, está baseada nos pressupostos legais de “existência de um pagamento, ser este indevido, erro do *solvens*, boa-fé do *accipiens*, e voluntariedade do pagamento” (MONTEIRO, 2016, p. 574).

Veja-se que as prescrições legais apresentadas, em ambos os direitos em foco, determinam objetivamente a restituição dos pagamentos indevidos, disposições que, em nenhum momento, são flexibilizadas pela referência expressa a princípios. De modo diferente, a obrigação de restituir decorre de “preceito de ordem moral de que ninguém deve locupletar-se do direito alheio” (*nemo potest locupletari detrimento alterius ou nemo debet ex aliena jactura lucrum facere*) (MONTEIRO, 2016, p. 574).

É oportuno registrar que a configuração definitiva de proteção legal para a repetição do indébito no âmbito do direito privado, superior à aplicável ao Estado no Direito Administrativo, a partir essencialmente de construção jurisprudencial, revelaria verdadeira contradição, na medida em que se espera naturalmente uma deferência maior ao que é comum de todos, que deve ser distribuído em adequadas medidas de justiça; o que significa não valorizar sobremaneira o interesse individual.

Por último, faz-se necessário repisar que a reposição de valores ao Erário pode ter origem tanto em pagamentos indevidos determinados em decisões judiciais ou administrativas. Acrescenta-se que não há divergência quanto à repetição do indébito se decorre de atos dolosos ou de má-fé, diferente da celeuma instalada nas demais hipóteses.

2.1.1. A reposição dos pagamentos indevidos na jurisprudência do STF

Prevalece, na jurisprudência do STF, o entendimento no sentido da impossibilidade de restituição dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública. No entanto, esse posicionamento apresenta nuances ao se avaliar cada situação decidida, o que se vai demonstrar, na sequência, sempre a partir de ações impetradas – mandados de segurança - contra decisões do TCU naquela Corte,

¹²⁴Regra prevista no art. 882 do Código Civil.

¹²⁵Regra prevista no art. 883 do Código Civil.

tendo em vista que a questão tem caráter infraconstitucional, não sendo cabível a interposição de Recurso Extraordinário¹²⁶.

Nesse sentido, o posicionamento do STF sobre a dispensa de reposição do indébito, bem como o termo inicial a ser considerado para cálculo de eventual devolução são apresentados distinguindo as situações em que os pagamentos indevidos estão amparados em atos ou decisões administrativas¹²⁷ ou em provimentos judiciais, embora sigam os mesmos fundamentos quando se avalia a existência, ou não, de um dever de restituir.

I - Atos ou decisões administrativas

O TCU, em diversos casos concretos, determina à Administração Pública a correção de atos administrativos, bem como a restituição de valores porventura pagos de forma indevida a servidores, ativos e inativos, e pensionistas. Nesses casos, as decisões do STF, ao cassarem as decisões do Tribunal de Contas, operam no sentido de inviabilizar qualquer ação administrativa no sentido de reposição de valores pagos indevidamente.

No AgRg no MS nº 31.259 – Distrito Federal¹²⁸, cujo mandado de segurança tinha como uma das finalidades a anulação de diversas deliberações do TCU¹²⁹, que determinavam, entre outras coisas, a restituição de valores pagos indevidamente; o ministro Luiz Fux, relator do caso na Primeira Turma, compreendeu que foram atendidos os requisitos para a dispensa de reposição dos valores, uma vez que teria ficado evidente a boa-fé dos beneficiários, o caráter alimentício dos valores percebidos e a ocorrência de errônea interpretação da lei.

Reforça ainda a decisão o argumento de que o repasse dos valores teria ocorrido por iniciativa do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sem qualquer participação dos servidores públicos; isto é, coube única e exclusivamente

¹²⁶Conforme Acórdão STF no AI-AgR 794759, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, publicado em 12/05/2011.

¹²⁷Especificamente em relação às decisões administrativas, o STF tem julgado diversas ações propostas contra deliberações do TCU, nas quais este Órgão determina a restituição de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública.

¹²⁸No AgRg no MS nº 31.259 – DF, interposto pela Associação dos Servidores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Assejus, a Primeira Turma do STF julgou caso de restituição de valores pagos indevidamente, a título de IPCR, no percentual de 10,87%, pagamentos determinados em liminares não confirmadas nos Tribunais Superiores. Além disso, no recurso, apreciava-se a possibilidade restituição dos valores pagos pelo exercício cumulativo de cargo em comissão ou função comissionada com o cargo efetivo e VPNI, por se tratarem de erro de interpretação inescusável da Administração (Relator ministro Luiz Fux, publicação em 10/12/2015).

¹²⁹Deliberações do TCU: Acórdão nº 1.006/2005, posteriormente integrados pelos Acórdãos nº 2.640/2010 e 3.262/2011.

à Administração do Tribunal a decisão de realizar o pagamento, processo no qual os beneficiários não interferiram.

No mesmo sentido, e em outros julgados, RE nº 122.202 – Minas Gerais¹³⁰ e AgRg no Ag nº 490.551 – Distrito Federal¹³¹, de 17 agosto de 2010; a Segunda Turma do STF, em votos, respectivamente, da relatoria do ministros Francisco Rezek e Ellen Gracie, dispensou a restituição de valores pagos indevidamente, com base no princípio da boa-fé, na irredutibilidade dos vencimentos e na estabilidade das relações jurídicas.

No agravo, é mencionado ainda o julgamento do Plenário do STF, no MS nº 25.641/DF (DJe de 22/2/2008), da relatoria do ministro Eros Grau, no qual são consignados critérios para a dispensa de reposição dos valores pagos indevidamente, a saber: a boa-fé; ausência, por parte dos beneficiários, “de influência ou interferência na concessão da vantagem impugnada”; “dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida”; e “interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração”.

II - Decisões judiciais

Parte das deliberações do STF, apresentadas nesse grupo, foi adotada no contexto do julgamento de ações impetradas contra decisões do TCU, ao mesmo tempo em que ratifica ou não o posicionamento firmado nas decisões monocráticas dos ministros relatores daquela Corte Suprema; outra duas decisões são mencionadas: REs nº 609.381 – Goiás e 606.358 – São Paulo, pelos quais se inicia a descrição.

O STF decidiu, no RE nº 609.381 – Goiás, que o teto remuneratório estabelecido na Emenda Constitucional nº 41, de 2003, tem aplicação imediata. De forma complementar, ao decidir o RE nº 606.358 – São Paulo¹³², fixou tese, com

¹³⁰No RE nº 122.202 - MG, da relatoria do min. Francisco Rezek, DJ de 8/4/1994, discutiu-se o pagamento de gratificação a magistrados cuja lei autorizadora fora declarada inconstitucional pelo STF. Ementa: “Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia de declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.

¹³¹Foi pago indevidamente à beneficiária percentual maior ou ilegal a título de horas extras.

¹³²Trecho da Ementa do RE nº 606.358 – São Paulo, ministra relatora Rosa Weber, julgado em 18/11/2015: “EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA

repercussão geral, de que se computam para o efeito de observância do teto remuneratório do serviço público os valores recebidos, a título de vantagem de pessoal, anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, dispensando a reposição daqueles recebidos de boa-fé até o dia 18/11/2015. Nos dois casos, inativos ou pensionistas buscavam manter a continuidade dos pagamentos acima do teto constitucional sob o argumento da irredutibilidade de vencimentos ou por serem verbas de natureza pessoal.

Em ambas as situações tratadas nos julgados, o direito discutido resultava na possibilidade da reposição de pagamentos indevidos de verbas que ultrapassavam o teto remuneratório da Administração Pública. No RE nº 609.381 – Goiás, os ministros Teori ZWaski, relator do caso, e Carmen Lúcia propuseram a dispensa de reposição, em função da boa-fé; mas foi, no RE nº 606.358 – São Paulo, que se modulou os efeitos da deliberação, ganhando repercussão geral, para considerar a boa-fé nos valores recebidos até 18/11/2015. Assinala-se a importância dos julgados que levou a participação de diversos estados da federação e da própria União na condição de *amicus curiae*, processos atuados em 2009 e 2010, e com desfecho, respectivamente, em 7/4/2015 e 25/5/2016.

Por sua vez, em outro caso, a decisão de dispensar a restituição de valores pagos em cumprimento de decisão judicial, posteriormente cassada, é adotada, pelo Plenário do Órgão, utilizando o paradigma do AgRg no Ag nº 410.946¹³³, relatado pela ministra Ellen Gracie.

No referido agravo, no qual se discutia o pagamento de quintos a ministro do STJ, parcela que tinha sido incorporada ainda quando era membro do Ministério Público, a relatora, acompanhando entendimento do ministro Gilmar Mendes,

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI E XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (...)1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015”.

¹³³No agravo, discutiu-se suposto direito adquirido do ministro aposentado do STJ, José Arnaldo da Fonseca, a continuar recebendo os quintos incorporados aos vencimentos ainda quando era membro do Ministério Público Federal, e que foram suprimidos quando do exercício da magistratura no Superior Tribunal de Justiça. Prevaleceu, a partir do encaminhamento dado no voto da ministra Ellen Gracie, a tese de não haver direito adquirido a regime jurídico, além da constitucionalidade da matéria. Isso significou “a inexistência de direito adquirido do ora agravado em continuar recebendo os quintos incorporados, após a mudança de regime jurídico”.

dispensou o beneficiário da restituição dos valores já percebidos, com fundamento na boa-fé e precedentes do Tribunal¹³⁴.

Nessa linha, no MS nº 26.085 – Distrito Federal, o Plenário do STF, seguindo voto da ministra relatora Cármen Lúcia, cassou a decisão do TCU no que toca ao dispositivo em que mandava o professor aposentado devolver valores recebidos indevidamente.

O aposentado recebia proventos originários do exercício de dois cargos de professor que exigiam dedicação exclusiva (40 horas), o que o próprio STF considerou em desconformidade com a jurisprudência e as normas reguladoras. Além disso, o TCU identificou outras ilegalidades, como o cômputo do mesmo tempo de serviço para a concessão das diferentes aposentadorias.

Ao apreciar a medida liminar, em 9/8/2006, cerca de dois anos antes, a ministra Cármen Lúcia sustou a decisão do TCU de forma mais abrangente, impedindo a suspensão dos benefícios, bem como a devolução dos valores, que havia sido determinada pelo Órgão de contas. No julgamento definitivo, em 7/4/2008, prevaleceu o voto da relatora de que o beneficiário deveria devolver os valores a contar da data da decisão do TCU, isto é, impôs-lhe o dever de restituir o recebido durante a vigência da liminar concedida.

O voto vencedor, no entanto, encontrou resistência dos ministros Menezes Direito¹³⁵ e Carlos Aires Brito, os quais defendiam a não devolução dos valores pagos indevidamente durante a vigência da medida liminar, valorando os aspectos da boa-fé do beneficiário, na medida em que a má-fé não fora provada no processo.

Por último, no MS nº 25.921 - Distrito Federal, o impetrante objetivava a cassação de decisão do TCU que determinou ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA a interrupção do pagamento de URP de fevereiro de 1999 (26,05%)¹³⁶, vantagem concedida por meio

¹³⁴A ministra Ellen Gracie menciona os julgados do STF: RE 122.202, min. Francisco Rezek, DJe de 8/4/1994; RE 341.732-AgR, rel. min. Carlos Velloso, DJe de 1/7/2005; MS 26.085, rel. min. Carmen Lúcia, DJe de 13/6/2008.

¹³⁵É importante a transcrição de trecho do voto do ministro Menezes Direto, esclarecedor do seu pensamento ao se reportar à relatora, ministra Cármen Lúcia: “Como Vosso Excelência salientou muito bem, a situação é de um professor, com saúde precária, que vinha fazendo a devolução, ingressou no Supremo Tribunal Federal, foi determinado que se mantivesse o pagamento dos proventos de aposentadoria e, ao mesmo tempo, que se suspendesse a devolução”. Por isso, o ministro entende que se deve alargar a boa-fé.

¹³⁶A Unidade de Referência de Preço – URP (26,05%) era paga aos servidores do IBAMA em razão de decisão judicial transitada em julgado. Ela foi incorporada, de forma destacada, à remuneração dos servidores do IBAMA, entre outras categorias. Conforme anota o relator do MS 25.921 Distrito

de decisão judicial transitada em julgado; bem como a restituição dos valores pagos a esse título.

O ministro Eros Grau, em 12/5/2006, concedeu liminar suspendendo os efeitos do Acórdão-TCU nº 1689/2005 e, com isso, manteve o pagamento da verba questionada. Por sua vez, na sequência, o ministro Luiz Fux revogou a liminar, o que permitiu a supressão dos valores do contracheque, mas dispensou os servidores e beneficiários de restituir os valores, inclusive aqueles pagos durante a vigência da medida liminar, com base na boa-fé, na natureza alimentar da verba e no princípio constitucional da segurança jurídica. Havia, no que toca a este período, “confiança a legitimar a tutela das expectativas legítimas dos associados da impetrante impedindo a obrigatoriedade de restituição no período de vigência da liminar”¹³⁷.

Demonstrou-se, a partir das deliberações dos colegiados do STF (Plenário, Primeira e Segunda Turma), que prevalece a dispensa de restituição dos valores pagos indevidamente a agentes públicos. Destaca-se apenas a divergência, nos casos mencionados, opondo a ministra Cármen Lúcia, relatora do MS 26.085 - Distrito Federal, no qual se sagrou vencedora a tese da devolução de valores indevidos pagos retroagindo à data da concessão de medida liminar; ao ministro Luiz Fux, relator do MS 25.921 - Distrito Federal, com encaminhamento em sentido diverso, isto é, dispensando a restituição dos valores durante a vigência da decisão precária.

Federal, a Jurisprudência do STF é firme no sentido da inexistência de direito adquirido à manutenção de parcelas de remuneração – ainda que decorrentes de decisão judicial -, isso porque o servidor público está sujeito à alteração de seu regime de remuneração, desde que não implique decréscimo da remuneração bruta. Diante disso, o TCU manda excluir parcelas de planos econômicos da remuneração, ainda que incorporadas por sentença judicial, tendo em vista que não há direito à perpetuação de parcelas de remuneração. Em suma, afirma o relator que relações jurídicas materiais relativas a obrigações homogêneas de trato sucessivo – delimitadas em sentença judicial – admitem flexibilização de seu conteúdo independente de ajuizamento de ação rescisória.

¹³⁷A deliberação foi mantida pela Primeira Turma do STF nos sucessivos recursos interpostos: Ementa do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 25.921 Distrito Federal: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A IMEDIATA INTERRUÇÃO DO PAGAMENTO DA URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26,05%). EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. NATUREZA ALIMENTAR E A PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ AFASTAM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido do descabimento da restituição de valores percebidos indevidamente em circunstâncias, tais como a dos autos, em que o servidor público está de boa-fé. (Precedentes: MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 13/6/2008; Ag 490.551-AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 3/9/2010) 2. A boa-fé na percepção de valores indevidos bem como a natureza alimentar dos mesmos afastam o dever de sua restituição. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”.

2.1.2. A reposição do indébito na jurisprudência do STJ

A jurisprudência do STJ tem sido ratificada no sentido da dispensa de restituição dos valores pagos indevidamente a beneficiários de valores públicos, apesar de subsistirem residualmente decisões em sentido diverso, sempre calcadas em aspectos muito particulares.

Vai-se dividir o exame dos julgados do STJ sobre a matéria em dois momentos: até 2004 e posteriores a este ano, porque apresentam encaminhamentos totalmente diversos.

2.1.2.1. A jurisprudência do STJ até 2004

O entendimento prevalecente na jurisprudência do STJ até 2004 era a obrigatoriedade de restituição dos valores recebidos indevidamente pelos beneficiários, com fundamento em dois argumentos centrais: a observância do princípio da legalidade e o poder-dever da Administração de rever os seus próprios atos.

Os pagamentos indevidos, de acordo com o Tribunal, decorrem de falhas administrativas ou ilicitudes; assim os atos que os substanciam devem ser revistos, e os seus valores restituídos. Na sequência, são apresentados três julgados do STJ evidenciando esse entendimento.

Ao apreciar o Recurso Ordinário em MS nº 12.935 – PR¹³⁸, a Quinta Turma, seguindo o voto do ministro Edson Vidigal, que negou provimento ao recurso do beneficiário, autorizou a Administração Pública a dar continuidade à realização dos descontos na remuneração do servidor, que vinha recebendo gratificação paga sob base de cálculo inadequada, incorrendo na proibição prevista no inciso XIV¹³⁹ do art. 37 da CRFB e do art. 1º do Decreto nº 5.054, de 11 de setembro de 1988¹⁴⁰.

¹³⁸A seguir, ementa do Recurso Ordinário em MS nº 12.935 – PR, adotada por unanimidade, publicada no DJ de 19/11/2001: “ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO EQUIVOCADAMENTE CONCEDIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. DESCONTO DOS VALORES PERCEBIDOS A MAIOR. POSSIBILIDADE. 1. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos. Súm.473/STF. 2. Legalidade do desconto, no vencimento do servidor, dos valores recebidos indevidamente, porquanto a gratificação concedida violou o Decreto 5054/98 e a CF, art. 37, XIV.3. Recurso não provido” (ministro relator Edson Vidigal, Quinta Turma).

¹³⁹De acordo com o inciso XIV do art. 37 da CF/1988: “Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”.

¹⁴⁰O art. 1º do Decreto nº 5054, de 1988, prevê, na linha do mencionado dispositivo constitucional, que “Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor não serão computados nem acumulados

A deliberação do STJ embasou-se na possibilidade de a Administração Pública anular os próprios atos quando viciados, conforme autoriza a Súmula nº 473 do STF, e no princípio da legalidade, cuja desobediência implica no dever restabelecê-lo. Trata-se de poder-dever, afirma o ministro Edson Vidigal, relator do caso. Afirma ainda o ministro que a ocorrência de equívoco, ainda que por culpa exclusiva da Administração, demanda a anulação do ato e a restituição, aos cofres públicos, dos valores pagos indevidamente.

O mesmo entendimento foi aplicado, pela Quinta Turma, no julgamento do RO em MS nº 14.373 – SC¹⁴¹, no qual se deliberou que servidora aposentada deveria restituir gratificação incorretamente incluída nos seus proventos, ainda que não tivesse dado causa ao pagamento indevido. E ainda – a mesma Quinta Turma -, ao apreciar o REsp nº 511.010 – RJ¹⁴², na esteira do voto do ministro Gilson Dipp, restabeleceu o desconto de valores pagos indevidamente a servidor da carreira de medicina, aposentado com carga horária dobrada (40 horas semanais), quando o devido era apenas metade (correspondente a 20 horas).

Há que se ressaltar, defende o relator, que a restituição dos pagamentos indevidos dá-se em razão da possibilidade de a Administração Pública rever seus próprios atos e do princípio da legalidade¹⁴³. Esse era, portanto, o alicerce do posicionamento do STJ.

para fins de concessão de acréscimos ulteriores, incidindo, a partir de 05 de junho de 1998, somente sobre o vencimento básico”.

¹⁴¹Veja-se ementa do Recurso Ordinário em MS 14.373 – SC, publicada no DJ de 4/11/2002: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL APOSENTADA. REVISÃO DO ATO. VERBA RECEBIDA INDEVIDAMENTE. DEVOLUÇÃO. DESCONTO. POSSIBILIDADE. Ainda que a servidora tenha recebido a respectiva verba de boa-fé, ou seja, não tenha dado causa ao erro no pagamento da vantagem, a Administração tem o poder-dever de revisar seus atos e anulá-los quando eivados de vícios. Legalidade do desconto. Precedentes análogos. Recurso desprovido” (ministro relator José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma).

¹⁴²Deliberação publicada no DJe de 2/6/2003. Por unanimidade, votaram com o relator os ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer.

¹⁴³Diversas outras deliberações do STJ podem ser mencionadas, a exemplo da ementa a seguir: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL ESTATUTÁRIO. APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO EXERCIDA NO PERÍODO CELETISTA. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO QUE FOI PAGO INDEVIDAMENTE. SÚMULA 473/STF. Comprovado que a Gratificação, cuja incorporação se busca, foi exercida no período em que o servidor era celetista e considerando que a aposentadoria se deu sob o regime estatutário, não há que se pretender sua incorporação nos termos da legislação invocada. Possibilidade de a Administração descontar os valores que teriam sido recebidos a esse título indevidamente (Súmula 473/STF e jurisprudência dominante). Com a mesma orientação, citam-se os seguintes julgados: REsp nº 334209/PR, Gilson Dipp, DJ de 16/12/2002; Recurso desprovido. (ROMS 12931/PR, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 28/10/2002). REsp nº 386619/SC, Gilson Dipp, DJ de 18/3/2002.

2.1.2.2. A jurisprudência do STJ após 2004

A partir de 2004, o STJ iniciou jurisprudência em sentido totalmente diverso daquele que vinha adotando. Naquele momento, passa a admitir a dispensa de restituição dos pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública, restrita aos casos de errônea interpretação ou má aplicação da lei.

Se, no primeiro momento, apenas os erros de direito ou de interpretação jurídica, associados à boa-fé no recebimento dos valores e à natureza alimentar das parcelas justificavam a dispensa de restituição dos valores, entendimento culminado com a decisão no REsp nº 1.244.182 – PB (recurso repetitivo); mais adiante, também os pagamentos decorrentes de erros operacionais, em determinadas circunstâncias, passam a figurar entre os isentos de reposição, e acrescentam-se outros fundamentos para o encaminhamento, como a segurança jurídica, a irreduzibilidade dos vencimentos, a condição social, até mesmo a hipossuficiência do segurado, o caráter social das normas, etc.

Nesse contexto, segue-se que o erro operacional, na maioria das vezes, ora justifica, ora não, a dispensa de restituição dos pagamentos indevidos. Anota-se que não é incomum o tratamento - por vezes similar, por vezes distinto - para os diferentes tipos de erro, de direito ou operacional, o que gera enorme insegurança jurídica. Além disso, há os pagamentos indevidos decorrentes de decisão judicial ainda não definitiva, sujeita à revisão, cujo entendimento prevalecente é no sentido da reposição dos valores, conforme será demonstrado a seguir:

I - Erro de interpretação da lei é causa para a dispensa de reposição de pagamento indevido

O julgamento do REsp nº 488.905 – RS, de 17/8/2004¹⁴⁴, revela a principal mudança de entendimento¹⁴⁵, em relação à situação jurídica anterior a 2004,

¹⁴⁴Ementado do REsp nº 488.905 – RS: 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. (Ministro relator José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/8/2004).

¹⁴⁵O ministro afirma em um trecho do seu voto: “Apesar de este Tribunal já ter-se manifestado em sentido favorável à pretensão ora deduzida (RMS 14373/SC, DJ 04.11.2002, minha relatoria; Agravo Regimental no RESP nº 554475/RS, DJ 19.12.2003, Rel. Min. Gilson Dipp, entre outros), revendo minha posição, venho reconsiderando-a, a partir de decisões proferidas em feitos administrativos (...)”.

encaminhada pelo ministro José Arnaldo da Fonseca, e acolhida, de forma unânime, pela Quinta Turma¹⁴⁶ do Tribunal.

Na oportunidade, a União buscava revisar, em recurso especial, deliberação da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que ementou que os valores recebidos de boa-fé pelo servidor, por erro da Administração – explique-se: erro de direito -, não estavam sujeitos à repetição, dada a natureza alimentar das parcelas.

O ministro José Arnaldo da Fonseca fundamentou sua decisão em pareceres¹⁴⁷ da AGU e da área administrativa do TCU, nos quais se firma posicionamento de que descabe a restituição de valores recebidos indevidamente diante da presunção de boa-fé do beneficiário e o dissenso na interpretação da lei que levou ao pagamento indevido.

O posicionamento da área administrativa do TCU, referido pelo ministro José Arnaldo da Fonseca, está alicerçado em várias deliberações da Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos nº 311/2002-Plenário¹⁴⁸, 454/2003-2ª Câmara e 674/2003-Segunda Câmara, que dispensaram magistrados, em razão da boa-fé, de restituir valores de auxílio-alimentação recebidos indevidamente.

Inúmeros julgados do STJ¹⁴⁹ ilustram a mudança de entendimento da Corte ao apreciar o tema, inclusive como a dispensa de restituição de valores passou a contemplar situações diversas daquelas inicialmente avalizadas no REsp nº 488.905 – RS. Culmina esse posicionamento o julgamento do REsp nº 1.244.182 – PB, DJe de 19/10/2012, admitido como representativo da controvérsia¹⁵⁰. O ministro Benedito

¹⁴⁶Votaram a favor do relator os ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz.

¹⁴⁷O parecer GQ-161, da AGU, foi mencionado no início deste trabalho. Ressalta-se a sua aprovação pelo Presidente da República.

¹⁴⁸Dispositivos do Acórdão nº 311/2002-TCU-Plenário: “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. André Luís Moraes de Oliveira, Juiz-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, dar a ele provimento parcial, alterando-se, por consequência, a redação do item 8.1, alínea “c”, do Acórdão recorrido:

“c) adote as medidas necessárias com o objetivo de fazer cessar o pagamento da vantagem denominada auxílio-alimentação aos magistrados trabalhistas, por falta de amparo legal, caso essa providência ainda não tenha sido adotada, dispensando-se a devolução dos valores recebidos indevidamente, por reconhecer o princípio da boa-fé e determinar a aplicação, por analogia, da Súmula nº 106, da Jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União;”

b) dar ciência desta deliberação ao Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região - TRT/MS”. (Ministro relator Ubiratan Aguiar, Sessão de 28/2/2002).

¹⁴⁹Entre outros, cita-se o AgRg no REsp nº 1.303.383 – CE, ministro relator convocado Olindo Menezes, de 10/11/2015.

¹⁵⁰No mesmo sentido, decidiu na Ação Rescisória nº 3.818 – PR, julgada em 28/11/2012.

Gonçalves, relator do caso, cujo voto foi acompanhado à unanimidade, afirma que "(...) quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos (...)", o que impede os descontos, em decorrência da boa-fé do beneficiário¹⁵¹.

II - Erro operacional não é causa para a dispensa de restituição de pagamento indevido, aliado a procedimentos específicos da Administração

Esse entendimento foi utilizado no julgamento do REsp nº 1.521.115 – SE, DJ de 12/9/2016. A Segunda Turma do STJ acolheu, de forma unânime, o voto do ministro Herman Benjamin, no qual considerou devida a restituição de valores pagos em virtude de erro operacional da Administração.

No caso, conforme anota no voto, foram incluídos na folha de pagamento do servidor incorretamente valores referentes a Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho (GDPST), sendo que tinha direito à Gratificação de Desempenho de Atividades Médicas (GDM). Assim, configurado o erro operacional e o agir diligente da Administração, na resolução do problema, considerou devida a restituição ao Erário. Citou dois julgados para embasar o seu posicionamento: AgRg no REsp 1448195/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/08/2014; e AgRg no REsp 1278089/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/02/2013¹⁵².

¹⁵¹O ministro Benedito Gonçalves, relator do REsp nº 1.244.182 – PB, menciona diversos julgados para sustentar o seu encaminhamento: REsp 725.118/RJ, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, DJ 24/4/06; EDcl no RMS 32.706/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 09/11/2011; (AgRg no Ag 1397671/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/08/2011; REsp 1190740/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 12/08/2010, entre outros. Além disso, cita o MS 25.641, relatado pelo min. Eros Grau, julgado em 22/11/2007, no qual se fixam critérios para a dispensa de restituição de valores pagos indevidamente.

¹⁵² É ilustrativo da posição a reprodução da ementa do AgRg no REsp 1278089/RJ, do relator ministro Herman Benjamin, julgado da Segunda Turma: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE.1. O STJ firmou o entendimento de que "quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (Resp 1.244.182/PB, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ).2. Todavia, *in casu*, o que aconteceu foi simplesmente erro no Sistema de Pagamentos do Ministério da Fazenda, e não interpretação errônea do texto legal. O Tribunal a quo expressamente registrou: "(...) o que houve, na verdade, foi um equívoco do Sistema de Pagamentos, do Ministério da Fazenda que, uma vez constatado, obriga a Administração Pública a saná-lo e a buscar a restituição da situação dos envolvidos ao seu status quo ante.3. Agravo Regimental provido".

III - Erro operacional é causa para a dispensa de restituição de pagamento indevido, aliado a aspectos do beneficiário ou da norma

Esse entendimento pode ser observado no julgamento do AgRg no Agravo em REsp nº 766.220 – DF, DJe de 12/11/2015¹⁵³. A Segunda Turma do STJ acolheu proposta do ministro Mauro Campbell Marques que, ao julgar apelo da União, aponta a ocorrência de erro administrativo operacional. Para embasar a deliberação, o ministro remete ao MS 19.260 - DF, de 3/9/2014, julgado pela Corte Especial, no qual se decidiu pela não “devolução ao Erário de valores recebidos pelo servidor, nos casos em que o pagamento reputado indevido se deu por erro de cálculo ou operacional da Administração”, evidenciada a boa-fé objetiva no recebimento da verba alimentar.

A mesma compreensão ocorreu no julgamento do Agravo Interno no REsp nº 1.606.811 – PR¹⁵⁴, DJe de 3/2/2017. A Primeira Turma do STJ acolheu proposta do ministro Napoleão Nunes Maia Filho que, ao julgar apelo do INSS, aponta a ocorrência de erro administrativo operacional. Afirma o ministro que a hipossuficiência do segurado e a natureza alimentar do benefício, aliados à boa-fé no recebimento dos valores, isentam o beneficiário de restituir o valor que indevidamente recebeu. Acrescenta a necessidade de considerar, no julgamento, o caráter social das normas previdenciárias, que protegem o trabalhador, para afastar os rígidos institutos processuais.

¹⁵³ Veja-se ementa do AgRg no Agravo em REsp nº 766.220 – DF, DJe de 12/11/2015: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES PAGOS DE FORMA INDEVIDA. ERRO OPERACIONAL. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. A Corte Especial no STJ ao julgar o MS 19.260/DF, no dia 03/09/2014, da relatoria do Min. Herman Benjamin, decidiu, por unanimidade, ser descabida a devolução ao Erário de valores recebidos pelo servidor, nos casos em que o pagamento reputado indevido se deu por erro de cálculo ou operacional da Administração, o que evidencia a boa-fé objetiva do servidor no recebimento da verba alimentar(...)”.

¹⁵⁴ Com a mesma razão de decidir do Agravo Interno no REsp nº 1.606.811 – PR, veja-se a ementa da deliberação no Agravo Interno no REsp nº 1.441.615 – SE, julgado em 9/8/2016: “1. Esta Corte tem o entendimento de que, em face da hipossuficiência do segurado e da natureza alimentar do benefício, e tendo a importância sido recebida de boa-fé por ele, mostra-se inviável impor ao beneficiário a restituição das diferenças recebidas. Precedentes: REsp. 1.550.569/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 18.5.2016; REsp. 1.553.521/CE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.2.2016; AgRg no REsp. 1.264.742/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 3.9.2015. 2. Ressalta-se que o presente julgamento debate tema distinto daquele sedimentado na apreciação do REsp. 1.401.560/MT, representativo de controvérsia, não se referindo à devolução de verbas conferidas por decisão precária, a título de tutela antecipada”.

IV - Erros de interpretação jurídica e operacionais são causas para a dispensa de restituição de pagamentos indevidos

É representativo do entendimento o julgamento do AgRg no REsp nº 1.447.354 – PE, pela Primeira Seção do STJ, em 16/9/2014, relatado pelo ministro Napoleão Nunes Maia Filho, acompanhado à unanimidade, por meio do qual se firmou entendimento de que a interpretação veiculada no REsp nº 1.244.182 – PB, que dispensou a restituição de valores pagos indevidamente a beneficiário de boa-fé em razão de erro de interpretação da lei, também se aplica nos casos de erro operacional da Administração, tendo em vista o caráter alimentar da verba¹⁵⁵.

É ilustrativo ainda o julgamento do Ag no REsp nº 1.598.380 – MG, no qual a Segunda Turma do STJ, em votação unânime, seguindo voto do ministro Og Fernandes, dispensou a restituição de valores pagos indevidamente. Deixa claro, o relator, a orientação pacífica da Corte no sentido de ser “incabível ‘a devolução ao Erário de valores recebidos por servidor, nos casos de equívoco ou má aplicação da lei, pela Administração, ou ainda, por erro administrativo operacional, o que evidencia a boa-fé do servidor’”.

Conforme se observa, o entendimento prevalecente do STJ passou por diversas fases – inclusive antagônicas - culminando na atual no sentido da dispensa de restituição de valores pagos indevidamente pela Administração Pública em qualquer situação, apesar de se verificarem, mesmo que de forma não frequente, deliberações em sentido diverso. O argumento central passa necessariamente pela consideração da boa-fé do beneficiário, como elemento independente e suficiente por si só.

V - Provimento judicial provisório não é causa para a dispensa de reposição de pagamento indevido

É entendimento dominante da Primeira Seção do STJ o dever de reposição de pagamento indevido quando decorrente de decisão judicial precária ou não definitiva, sujeita a eventual reforma. Como representativo desse posicionamento, cita-se o julgamento do Ag no REsp nº 1.573.813 – SC¹⁵⁶, em que, no voto, o

¹⁵⁵Nesse sentido, menciona diversos julgados, a exemplo de AgRg nº REsp. 1.448.462/CE, 2T, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 12.6.2014; AgRg nº REsp. 1.369.698/SE, 1T, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 25.6.2013.

¹⁵⁶Ementa do Ag no REsp nº 1.573.813 – SC: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ.SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA

ministro relator Mauro Campbell Marques sustenta que decisão diversa desvirtuaria o instituto da antecipação de tutela e prestigiaria o enriquecimento sem causa.

O ministro Mauro Campbell Marques reforça o seu voto com o posicionamento do ministro Teori Zavaski, ao deixar claro, no julgamento do RE nº 608.482/RN¹⁵⁷, que a execução provisória de decisões judiciais de natureza precária e revogável corre à conta e risco do requerente, acarretando, no caso de revogação, efeito “*ex tunc*”; isto é, tais decisões não conferem segurança ou estabilidade à situação jurídica produzida com o provimento judicial.

Reforça ainda a posição no sentido da reposição dos valores o voto da ministra Assusete Magalhães, no julgamento do Ag em REsp nº 418.220 – DF¹⁵⁸, em que afirma que a Primeira Seção do STJ consolidou entendimento de que é dever do titular do direito patrimonial devolver valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, posteriormente revogada; posição que se aplica também aos servidores públicos, e não só ao titular de benefício previdenciário; isso porque não é possível presumir boa-fé quando os valores são pagos em decorrência de decisão judicial precária ou não definitiva. É legítima, conforme orientação da jurisprudência do STJ, anota ainda a ministra, a restituição ao Erário dos valores pagos a servidor público/pensionista em razão de cumprimento de decisão judicial que venha a ser posteriormente reformada em 2º Grau.

VI – Provimento judicial provisório é causa para a dispensa de reposição de pagamento indevido

A jurisprudência do STJ registra, em várias julgados, a exemplo da deliberação no AgRg no REsp nº 1.341.308 – PB, a dispensa de reposição de

POSTERIORMENTE CASSADA.RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DOS VALORES RECEBIDOS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE ADOTA ENTENDIMENTODOMINANTE NO ÂMBITO DESTA E.STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.(...)3. Aplicável, portanto, o entendimento firmado neste e.STJ, no sentido de "ser devida a restituição ao Erário dos valores recebidos em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada" (REsp 1401560/MT,Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 12/02/2014, DJe 13/10/2015; EREsp 1335962/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013). Súmula 568/STJ. (Ministro relator Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7/3/2017).

¹⁵⁷Conforme trecho citado do RE nº 608.482/RN, da relatoria do ministro Teori Zavascki a seguir: "[...] É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito '*ex tunc*', circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere."

¹⁵⁸ Conforme Ag no Ag em REsp nº 418.220 – DF, ministra relatora Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017.

pagamento indevido em razão de decisão judicial precária; isso porque, no confronto entre a vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, este, fundado na dignidade da pessoa humana, prevalece diante do caráter alimentar das parcelas e a boa-fé do beneficiário, defende o ministro Castro Meira, relator do caso¹⁵⁹.

No voto que encaminhou a mencionada decisão, o ministro correlaciona (conecta) diretamente a dispensa de reposição do pagamento indevido no caso, oriundo de decisão judicial precária posteriormente reformada, com o tratamento dado pelo STJ nas situações decorrentes de erros cometidos pela Administração; posição que se mostra inadequada diante das condições de fato e pressupostos legais que margeiam cada uma das situações, conforme se discutirá no capítulo 3.

2.1.3. A reposição do pagamento indevido na compreensão do TCU

É recorrente, no TCU, a temática da restituição de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública. O Tribunal tem, contudo, entendimento mais restritivo que o Poder Judiciário, quando o assunto é a dispensa de restituição de valores.

Destaca-se que o Tribunal editou três súmulas sobre o assunto: a) a de nº 106, aprovada em 25 de novembro de 1976, ainda em vigor; b) a de nº 235, de 8 de dezembro de 1994, que se encontra revogada; e c) a de nº 249, de 9 de maio de 2007, também vigente.

A primeira¹⁶⁰, a Súmula nº 106, na origem, aplicável especialmente ao julgamento dos atos de concessão de reforma, aposentadoria e pensão, não impõe a obrigatoriedade por si só da restituição de valores recebidos de boa-fé, no caso de ilegalidade dos atos. Por sua vez, a segunda, Súmula nº 235¹⁶¹, impunha exegese

¹⁵⁹Conforme voto do ministro Castro Meira, no AgRg no REsp nº 1.341.308-PB, adotado pela Segunda Turma, DJe de 8/2/2013. Ementa: "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEVOLUÇÃO DE VALORES.DECISÃO ANTECIPATÓRIA. VERBAS ALIMENTARES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os valores recebidos em virtude de decisão judicial precária devem ser restituídos ao erário, via de regra. Todavia, nos casos de verbas alimentares, surge tensão entre o princípio que veda o enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)".

¹⁶⁰Enunciado de Súmula do TCU nº 106: "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 do conhecimento da decisão pelo órgão competente".

¹⁶¹Enunciado de Súmula do TCU nº 235: "Os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes

rigorosa, de restituição dos valores pagos indevidamente, mesmo reconhecida a boa-fé, ressalvados os casos regulados pela Súmula nº 106. A terceira, Súmula nº 249¹⁶², todavia, traçou caminho intermediário, ao admitir a dispensa de reposição de valores recebidos indevidamente a servidores de boa-fé, no caso de erro escusável de interpretação da lei.

2.1.3.1. Enunciados nº 106 e 235 de súmulas do TCU: consolidação inicial dos entendimentos da Corte de Contas

Apontou-se, preliminarmente, a distinção entre as Súmulas TCU nº 106 e 235, destacando o tratamento da boa-fé como elemento que as particulariza, além de aquela se aplicar especialmente aos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão.

Faz-se necessário avançar um pouco mais sobre o contexto no qual foram aprovadas. Quatro deliberações do TCU ajudam nessa compreensão: as Decisões nº 597/1992, de 9/12/1992, e nº 444/1994, e os Acórdãos nº 1909/2003, de 10/12/2003, e 820/2007, todos do Plenário.

Na Decisão nº 597/1992, conforme voto do relator, o Plenário do TCU debruçou-se sobre divergências nas suas decisões em processos de julgamento de atos de concessão, uma hora dispensando a restituição dos valores pagos indevidamente; outra, decidindo de modo diverso; polêmica que havia se acentuado com a edição do RJSPC, que ordenava, em tese, a reposição dos valores.

O ministro Marcos Vinícios Vilaça, relator do caso, demonstrou, no voto, que a única alteração trazida pelo RJSPC em relação ao que fixava a Lei nº 1.711, de 1952, nessa temática, foi a obrigatoriedade de atualização monetária dos valores¹⁶³. Isto é, não houve mudança significativa, segundo ele, diferente do entendimento do

forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula nº 106 da Jurisprudência deste Tribunal."

¹⁶²Enunciado de Súmula TCU nº 249: "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".

¹⁶³Vejam-se as redações dos respectivos dispositivos da Lei nº 1.711, de 1952, e do RJSPC, respectivamente, à época: "art. 125. As reposições e as indenizações à Fazenda Pública serão descontadas em parcelas mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração. E "Art. 46. As reposições e indenizações ao erário serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à décima parte da remuneração ou provento, em valores atualizados". Posteriormente, o mencionado dispositivo da Lei nº 8112, de 1990, foi alterado, excluindo exatamente a autorização de atualização do valor.

Ministério Público junto ao TCU, que defendia que a nova lei era um divisor de água, e que impunha a restituição dos pagamentos indevidos, independente se o valor recebido era de boa-fé.

Além disso, o referido ministro entendeu que o novo estatuto dos servidores, nos termos do § 2º do art. 185, robusteceria a Súmula nº 106, ao prever que “O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou má-fé, implicará devolução ao erário do total do auferido, sem prejuízo da ação penal cabível”. Sustenta ainda que a lei e a justiça sempre protegeram aqueles que agem de boa-fé; além disso, o caráter alimentar das parcelas recebidas dava força à proposta de ratificação da mencionada Súmula, o que foi acolhido pelo Plenário do TCU.

Na Decisão nº 444/1994¹⁶⁴, o Plenário do TCU acolheu a proposta do ministro Adhemar Paladini Ghisi, relator do caso, para firmar nova orientação sobre a restituição de pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública.

O Tribunal, de acordo com o ex-ministro, vinha adotando diversas deliberações nas quais sustava ou suspendia a restituição de pagamentos indevidos realizados a servidores, aplicando o Enunciado nº 106. No entanto, ao observar que os casos não eram isolados, defendeu a adoção de medidas eficazes para corrigi-los, chamando os servidores que lhes deram causa ou que os autorizaram à responsabilidade, para aplicar inclusive as sanções cabíveis.

Por fim, firmou-se nova orientação no sentido de que “(...) [n]os pagamentos indevidos de vantagem aos servidores públicos, mesmo reconhecendo-se a boa-fé, o dano há de ser ressarcido ao Erário, em valores atualizados nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/1990”. Por sua vez, a aplicação do Enunciado nº 106 deveria se restringir aos casos de julgamento, pela ilegalidade, de concessões de aposentadoria, pensão e reforma. A reiteração desse entendimento levou à edição do Enunciado nº 235 do TCU.

Não demorou para que o TCU alterasse novamente o entendimento sumulado, o que ocorreu com a adoção do Acórdão 1909/2003¹⁶⁵. Nessa deliberação, o Plenário flexibilizou a aplicação do Enunciado nº 235, ao fixar critérios

¹⁶⁴Na Decisão nº 444/1994, o Plenário do TCU determinou a restituição de valores recebidos indevidamente por servidor do Tribunal, a título de abono pecuniário, relativo ao período que se encontrava afastado para o exercício de mandato classista.

¹⁶⁵O TCU conheceu de consulta formulada pelo então ministro dos Transportes, Eliseu Padilha, no qual questionou a necessidade de reposição ou não de valores indevidos recebidos de boa-fé por aposentados.

que, se atendidos, poderiam dispensar a restituição dos valores pagos indevidamente. No voto que encaminhou a deliberação adotada, o relator, ministro Walton Alencar, chamou atenção para o fato de que a Súmula nº 235 não foi suficiente para pacificar a questão, uma vez que a Súmula nº 106 continuava a ser utilizada fora do espectro definido no enunciado.

Nesse sentido, mencionou a distinção entre pagamentos indevidos oriundos de erro operacional e aqueles decorrentes de errônea interpretação da lei, apresentada no voto do ministro José Antônio Barreto de Macedo, e que encaminhou a Decisão nº 390/2001, aprovada pelo Plenário do TCU, posicionamento que também contaria com a concordância da AGU. Na primeira hipótese, haveria o dever de restituir, enquanto na segunda, não.

Justificou, o ministro Walton Alencar, que as situações de reposição ou indenização ao erário são a obrigação de restituir o pagamento indevido (art. 876) e a obrigação de indenizar (art. 927), ambas previstas no direito civil. Cabe, no entanto, a cada julgador a avaliação caso a caso das situações, uma vez que há ocorrências em que a dispensa é a manifestação mais apropriada e legítima, em outras, não. Assim, propôs os critérios, a seguir, para a dispensa de reposição de valores devidos ao Erário, o que foi acatado pelo Plenário:

- 9.1. a reposição ao erário somente pode ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições:
 - 9.1.1 presença de boa-fé do servidor;
 - 9.1.2 ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada;
 - 9.1.3 existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e
 - 9.1.4 interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração;
- 9.2. a reposição ao erário é obrigatória, nos termos preconizados no Enunciado 235 da Súmula deste Tribunal e na forma dos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/90, quando não estiverem atendidas todas as condições estipuladas no subitem 9.1 ou, ainda, quando os pagamentos forem decorrentes de erro operacional da Administração.

Por último, há que se destacar o Acórdão 820/2007, por meio do qual o Plenário do TCU revogou o Enunciado nº 235 e editou o de nº 249. No relatório e voto, sob a condução do ministro Guilherme Palmeira, que encaminhou a edição do referido Acórdão, são feitas importantes observações sobre a aprovação e a utilização das Súmulas nº 106 e 235:

- a) A Súmula nº 106 buscava resguardar a boa-fé de aposentados, que tivessem seus atos concessórios, depois de muito tempo, julgados ilegais;

b) A mencionada súmula passou a ser utilizada para dispensar a restituição de pagamentos indevidos em diversos outros casos, em razão de, por exemplo, erro de interpretação jurídica, presunção de legalidade do ato administrativo, caráter alimentar das parcelas, ampliando-se o seu espectro de aplicação;

c) A aprovação da Súmula nº 235 restringiu o emprego da Súmula nº 106, utilizada, por analogia, para afastar o dever de ressarcimento de valores recebidos indevidamente, ao mesmo tempo em que fixou como regra a restituição, ao vedar outras possibilidades de dispensa de ressarcimento;

d) Como o TCU, a despeito da aprovação da Súmula nº 235, continuou a exonerar os beneficiários - que atendessem a certos critérios, embora não albergados pela Súmula nº 106 - de restituir os valores recebidos indevidamente, concluiu-se que o enunciado não era representativo do pensamento da Corte de Contas;

e) A boa-fé do beneficiário, o erro de interpretação da lei por parte do órgão/entidade ou da autoridade em função de orientação e supervisão, o caráter alimentar das parcelas salariais e o princípio da segurança jurídica justificavam as deliberações que excepcionavam a aplicação da Súmula nº 235 do TCU;

f) O Tribunal editou, então, a Súmula nº 249, sobre a qual se vai tratar na sequência.

2.1.3.2. Enunciado nº 249 de súmula do TCU: a última evolução no tema

A Súmula nº 249 do TCU, aprovada com a edição do Acórdão 820/2007, da relatoria do ministro Guilherme Palmeira, surge como uma necessidade de flexibilização do disposto na Súmula nº 235, que estabelecia, como regra, a reposição dos valores recebidos indevidamente, ainda que de boa-fé, e também restringia a aplicação da Súmula nº 106 ao julgamento dos atos de concessão de aposentadoria, pensão e reforma.

Com o enunciado até então vigente, não havia espaço para qualquer dispensa de restituição de valores pagos indevidamente, além daquele previsto na Súmula nº 106. Portanto, rendendo-se à realidade, na qual o TCU continuava excepcionando a restituição de pagamentos indevidos, editou-se a Súmula nº 249.

O Enunciado nº 249 reflete basicamente a necessidade de demonstrar a existência de um novo posicionamento do TCU sobre a matéria, e que já não era mais traduzido na Súmula nº 239. Nesse sentido, ao lado de permitir maior flexibilidade para o julgador solucionar os casos concretos, era preciso incorporar a distinção entre pagamentos oriundos de erro de interpretação jurídica e erro operacional, ao afirmar que, o primeiro, quando escusável, não sujeita o beneficiário à restituição do valor que indevidamente recebeu.

Para sustentar a adoção da Súmula nº 249, no relatório do ministro Guilherme Palmeira, são desconstituídos os argumentos que levaram à edição da 235. Nesse sentido, quatro aspectos apareceram com destaque.

Primeiro, o de que merece temperamento a proibição do enriquecimento sem causa (art. 964), conforme estabelece o próprio Código Civil. Um exemplo disso seria o casamento anulável ou nulo, que produz todos os efeitos civis até o dia sentença anulatória. Decretada a anulação, por sua vez, o marido não teria obrigação de sustentar a esposa, mas, ainda assim, não há que se falar em pedir indenização ou ressarcimento em vista da boa-fé dos contraentes.

Segundo, afirma que a jurisprudência está consagrada no sentido de que os alimentos são irrepetíveis.

Terceiro, o art. 46 da Lei nº 8112, de 1990, não fixou a obrigatoriedade de devolução de valores pagos indevidamente a servidores, mesmo de boa-fé; senão estar-se-ia diante de contradição com o estabelecido no § 2º, art. 185 da mesma norma, que previu que “O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou má-fé implicará a devolução ao Erário do total auferido, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Quarto, a premissa equivocada – que levou à adoção da Súmula nº 235 - de que a Lei nº 8112, de 1990, inaugurara nova disciplina sobre a reposição de valores pagos indevidamente, em relação ao que estava estabelecido na Lei nº 1.711, de 1952.

2.1.3.3. A aplicação do atual entendimento do TCU

A despeito dos critérios objetivos fixados nas Súmulas nº 106 e 249, o TCU, ainda assim, tem adotado posicionamentos incoerentes em diversas situações de pagamentos indevidos que poderiam caracterizar situações típicas de restituição,

especialmente na aplicação do último enunciado, o que vai ser demonstrado ainda neste tópico.

A Súmula nº 106 é utilizada corriqueiramente para dispensar a restituição de pagamentos indevidos realizados aos agentes públicos, se detectadas irregularidades no julgamento do ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão. Exemplo disso, entre tantos outros, é o Acórdão nº 13.571/2016-Segunda Câmara¹⁶⁶, da relatoria da ministra Ana Arraes, que considerou ilegais atos de aposentadoria de servidores, dispensando a reposição das importâncias indevidamente recebidas de boa-fé.

Com o mesmo entendimento, o Acórdão nº 6689/2016-1ª Câmara¹⁶⁷, da relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, ao julgar ato de concessão de aposentadoria, dispensou a restituição de pagamentos indevidos, nos termos da Súmula nº 106, por incluir parcela indevida referente à “opção”, uma vez que não foram atendidos os requisitos¹⁶⁸ previstos no art. 193 do RJSPC.

A Súmula nº 106 emprega-se objetivamente, uma vez que regula a totalidade dos casos de julgamento de atos de concessão de aposentadoria, pensão e reforma. Além disso, o comando que ela traduz é o da dispensa de restituição; não gera descontentamento, conflito, aos alcançados pela deliberação. Por sua vez, a Súmula nº 249, no intuito maior de restringir as situações em que os pagamentos indevidos podem ser dispensados, demanda análise e complexidade na caracterização dos seus elementos componentes, nos quais estão ressaltados aspectos subjetivos.

Nesse sentido, veja-se que o TCU, nos Acórdãos nº 2602/2013¹⁶⁹ e 2.142/2013¹⁷⁰, ambos do Plenário, alcançou soluções diametralmente opostas em

¹⁶⁶Os atos de aposentadoria foram considerados ilegais por conterem, entre outras irregularidades, parcelas relativas a horas extras incorporadas permanentemente à remuneração por decisão judicial, embora fosse servidor estatutário; vantagem pessoal do art. 5º do Decreto 95.689/1998; VPNI-IRRED.REM.ART.37-IV CF/AP (ministra relatora Ana Arraes, Segunda Câmara, Sessão de 6/12/2016).

¹⁶⁷Acórdão 6689/2016-Primeira Câmara, ministro relator Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 25/10/2016.

¹⁶⁸O art. 193 do RJSPC foi revogado pela Lei nº 9.527, de 1997, e tinha a seguinte redação: “O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos”.

¹⁶⁹No Acórdão nº 2602/2013-Plenário, julgou-se auditoria na folha de pagamento, bem como o pagamento indevido de horas extras e possíveis irregularidades ocorridas no âmbito da Secretaria de Recursos Humanos do Senado Federal.

relação à aplicação da Súmula nº 249, ao julgar auditorias realizadas nas folhas de pagamento do SF e da CD.

Para deixar clara a assertiva e confrontar as posições adotadas, selecionou-se um dos achados de auditoria, verificado nas duas Casas Legislativas: o pagamento de valores a servidores sem observância do teto constitucional. No Acórdão nº 2602/2013, originalmente da relatoria do ministro Raimundo Carreiro, por meio do qual foi julgada auditoria no SF, o Plenário da Corte de Contas deliberou, por maioria, pela restituição dos valores pagos indevidamente acima do teto constitucional, acompanhando o voto do ministro revisor, Walton Alencar.

No entendimento do ministro Walton Alencar, não havia dúvida quanto à aplicação do teto de remuneração, diante da literalidade do texto constitucional. Ademais, não há que se falar em boa ou má-fé, pois os servidores do SF, segundo ele, enriqueceram-se ilicitamente com recursos provenientes dos cofres públicos.

Por sua vez, no Acórdão nº 2.142/2013, da relatoria do ministro Carreiro, no qual se julgaram várias irregularidades verificadas em auditoria na CD e, entre elas, a mesma mencionada no SF, a deliberação foi outra, dispensando-se a restituição dos pagamentos indevidos. O ministro relator justifica a posição com a consideração de que os servidores estavam imbuídos de boa-fé, além disso, existia orientação normativa da Casa Legislativa, bem como controvérsia sobre a interpretação do teto constitucional na Administração Pública.

Ao julgar pedido de reexame interposto em face do Acórdão nº 2602/2013, o TCU, por meio do Acórdão nº 1.111/2017-Plenário, reviu sua decisão de mandar os servidores do SF repor os valores indevidos, ao utilizar como fundamento deliberação do STF, no RE nº 606.358, cuja tese mereceu repercussão geral, modulando-se os efeitos da decisão para considerar de boa-fé os valores recebidos acima do teto constitucional dos servidores públicos até 18 de janeiro de 2015, conforme tratado no item 2.1.1.

O relator, ministro Benjamin Zymler, explica que embora a decisão do STF tivesse foco distinto do que estava sendo discutido no Órgão de Contas, uma vez que o “escopo, a rigor, é menos abrangente do que o do acórdão recorrido, que considera outras parcelas na extrapolação do teto, como retribuição de função comissionada, opção de função e horas extras irregularmente computadas”; há

¹⁷⁰No Acórdão nº 2142/2013-Plenário, apreciou-se auditoria em que se verificou a legalidade e regularidade de valores na folha de pagamentos dos servidores da Câmara dos Deputados.

similitude no objeto das deliberações; e como o STF modulou os efeitos para dispensar a restituição dos valores pagos anteriormente a 18/11/2015 em razão da boa-fé; propôs o acatamento da tese pelo TCU; o que foi aceito.

No Acórdão nº 1.112/2017, no qual se julgou pedido de reexame interposto em face do Acórdão nº 2.142/2013; o relator, ministro Walton Alencar, embora negue provimento ao recurso do Ministério Público que visava justamente rever decisão do TCU que dispensou servidores da CD de repor valores recebidos indevidamente, leva em consideração o efeito da decisão do STF no RE nº 606.358 e o marco temporal de 18/11/2015 para a dispensa de devolução dos valores indevidos, tendo em vista a boa-fé dos beneficiários. Diferente do ministro Benjamin Zymler, o ministro Walton Alencar considerou a boa-fé só estaria presumida até 14/8/2013, data da edição da decisão recorrida.

Em outra deliberação, no Acórdão nº 621/2010-Plenário, ao julgar auditoria na folha de pagamento de pessoal, que tinha por objeto verificar a regularidade dos pagamentos efetuados a magistrados e servidores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), o TCU determinou, entre outras providências, a restituição de valores pagos acima do teto constitucional, bem como a título de VPNI decorrente de parcelas incorporadas de quintos/décimos, que descumprissem os termos do art. 62-A e parágrafo único do RJSPC, os quais estabelecem a incidência de apenas revisões gerais dos servidores públicos federais¹⁷¹.

O ministro Walton Alencar, relator da deliberação, ponderou a boa-fé dos servidores no recebimento dos valores, mas deu a entender que o argumento era insuficiente para a dispensa de restituição dos valores pagos indevidamente. Considerou, em relação aos valores pagos há mais de 5 anos, que deve ser dispensada a restituição, em razão do princípio da segurança jurídica, uma vez que o TJDFT não poderia mais anular os atos praticados.

¹⁷¹É importante esclarecer que a irregularidade apontada pelo TCU diz respeito à atualização dos valores pagos a título de quintos ou décimos na forma como se dava a atualização do valor da função ou cargo correspondente, em flagrante desrespeito ao parágrafo único do art. 62-A do RJSPC. Veja-se o disposto no art. 62-A e parágrafo único da Lei nº 8.112, de 1990: “Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001). Parágrafo único. A VPNI de que trata o caput deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais”.

No que toca à inobservância do teto constitucional, o ministro considerou ser devida a restituição dos valores pagos indevidamente, tendo em vista não se sustentar a argumentação de que haveria dúvida na interpretação da norma, diante da já aludida literalidade do texto constitucional.

Em voto dissonante, o ministro Valmir Campelo propôs a dispensa de restituição dos pagamentos indevidos realizados nas mencionadas rubricas.

Em suma, o entendimento do TCU trilha dois eixos: a) a aplicação da Súmula nº 106, nos casos de irregularidade nos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, na qual a regra é a dispensa de restituição dos pagamentos indevidos; b) o emprego da Súmula nº 249 nas demais situações, em que se consideram os aspectos particulares do caso, o que cede oportunidade para decisões conflitantes, como demonstrado anteriormente.

Por fim, vê-se que a jurisprudência do TCU, na análise dos casos concretos, vem se afastando do conteúdo normativo expresso no Enunciado nº 249, o que sinaliza para a necessidade de sua atualização; esse fatotem nítidos contornos negativos na medida em que a súmula repercute, em alguma medida, disciplina mais responsável de valorização do interesse público, bem como de racionalização e eficiência dos gastos.

2.1.4. A evolução da restituição do indébito no entendimento da AGU

A Advocacia-Geral da União (AGU) editou três súmulas disciplinando a restituição dos pagamentos indevidos realizados a agente público pela Administração Pública, permanecendo em vigor uma delas. O Enunciado nº 32, publicado entre 17 e 19/9/2008, foi revogado pelo de nº 71, de 10 a 12/9/2013, que, por sua vez, o de nº 72, de 26 de setembro de 2015, o cancelou, na sequência, restaurando a redação do primeiro.

Antes de discutir os enunciados, é importante trazer para debate o Parecer nº GQ – 161, adotado pelo Advogado-Geral da União, e aprovado pelo Presidente da República, em 1º/9/1998¹⁷², e que traz importante manifestação sobre a matéria.

A edição do parecer surgiu da necessidade de confronto entre o posicionamento, até então existente, no sentido de dispensar a restituição de valores

¹⁷²Assinala-se que os pareceres da AGU, aprovados pelo Presidente da República, conforme disciplina o art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, “vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

pagos indevidamente e a aplicação do comando do art. 46 do RJSPC, que, a priori, naquele momento, poderia trilhar sentido oposto.

No parecer, foca-se especificamente na “questão da obrigatoriedade ou não da reposição de quantia indevida paga a servidores, em virtude de errônea ou má interpretação da lei pela Administração”.

A análise parte do pressuposto de que o servidor apenas se beneficia de uma interpretação errônea da lei, tendo agido de boa-fé¹⁷³. Além disso, há a compreensão de que tanto a Lei nº 1.711, de 1952, quanto o RJSPC determinam a forma pela qual as indenizações são descontadas do servidor em prol da fazenda pública, mas não dizem as situações em que as reposições devem ocorrer.

Entende como requisitos necessários para a dispensa de restituição de valor recebido indevidamente “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”.

É o caso de destacar dois dos conceitos mencionados. No parecer, considera-se que há boa-fé na “intenção pura, isenta de dolo, de engano, de malícia, de esperteza (...)”. Espera-se estar agindo de acordo com o direito. A errônea interpretação da lei, por sua vez, registra-se, deve estar expressa em uma norma legal de hierarquia inferior a lei, um despacho administrativo, um parecer jurídico que tenha força normativa.

As conclusões do parecer norteiam-se ainda pela Súmula 106 do TCU. Por outro lado, no que tange ao pagamento baseado em decisão liminar, posteriormente cassada no pronunciamento definitivo, defende a restituição dos valores pagos indevidamente.

¹⁷³Diversos outros pareceres são mencionados e que corroborariam com a tese da dispensa de restituição dos valores pagos indevidamente: a) Parecer Z-260/57, DO de 21/5/57, p. 12.852. No caso de acumulação remunerada, é desnecessária a restituição dos vencimentos percebidos de boa-fé; b) Parecer H-180/65; DO 27/5/65, p. 5.05: As importâncias pagas a maior, a título de salário família, e percebidas de boa-fé, não cabe a obrigação de restituir; c) Parecer SR-18/86; DO 24/12/86, p. 19.760: no caso de pagamento de 13º salário a servidores celetistas em serviço no exterior, na qual ficou caracterizada errônea interpretação da lei por parte da Administração, não há necessidade de restituição; d) Parecer SR-38/87; DO 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; e) Despacho SR-6; DO 18/8/88, p. 15.650. Reposicionamento desfeito. Desconstituído o ato, não cabe a restituição das quantias recebidas de boa-fé, em virtude de errônea interpretação da lei pela Administração.

2.1.4.1. As Súmulas nº 34, 71 e 72 e sua compreensão

A Súmula AGU nº 34, de 16 de setembro de 2008, consolidou entendimento de que "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".

O enunciado busca traduzir diversas deliberações do STJ, nas quais o elemento comum é a dispensa de restituição de valores pagos indevidamente pelo erário, privilegiando-se a boa-fé do beneficiário¹⁷⁴.

Veja-se que os preceitos básicos para afastar o dever de restituir o pagamento indevido são apenas dois: a boa-fé e a ocorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei; enquanto o TCU, na Súmula nº 249, adjetiva o erro com a característica de escusável; o que na prática pode ter consequências distintas na análise da situação.

Manifestações da Consultoria Jurídica da União têm confirmado o teor e a validade da mencionada súmula e do Parecer nº GQ – 161, antes referido. A título de exemplo, cita-se o Parecer/MP/Conjur/SMM/Nº 0731 – 3.13/2008, no qual foi analisado o pagamento de anuênio em desconformidade com o art. 67 do RJSPC, o que teria ocorrido em razão de diversas alterações no dispositivo.

A divergência de entendimento na aplicação do referido art. 67, em razão das sucessivas alterações, conforme o parecer, configurou a ocorrência do erro escusável de interpretação de que trata a Súmula TCU nº 249. Aliado à boa-fé, que é presumida no erro escusável da Administração, concluiu-se pela dispensa de restituição dos valores indevidamente recebidos¹⁷⁵. Se se tratasse de erro operacional, a boa-fé seria indiferente quanto à definição de restituição dos valores pagos indevidamente.

Em 2013, a AGU editou a Súmula nº 71¹⁷⁶, de 9 de setembro, alterando a redação da Súmula nº 34, que passou a vigorar com a seguinte redação: "É incabível a restituição de valores de caráter alimentar percebidos de boa-fé, por

¹⁷⁴Diversas deliberações do STJ serviram de fundamento para a formulação da Súmula AGU nº 34, entre as quais: "Resp. nº 643.709/PR e AgRg no REsp nº 711.995, Rel. Min. Felix Fischer; REsp. n. 488.905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; AgRg no REsp nº 679.479/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima (Quinta Turma); RMS nº 18.121/RS, Rel. Min. Paulo Medina; REsp nº 725.118/RJ e AgRg no REsp. nº 597.827/PR Rel. Min. Paulo Gallotti".

¹⁷⁵Confirma essa linha de entendimento a Nota Técnica nº 90/2012/CGNOR/DENO/SEGEP/MP.

¹⁷⁶A Súmula nº 71 da AGU foi publicada no DOU de 10, 11 e 12/9/2013.

servidor público, em virtude de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração”.

Com esse teor, não haveria obrigação de devolver qualquer valor pago indevidamente pela Administração Pública, que tivesse por base erros, salvo nas situações que configurassem ilícitos penais ou atos de improbidade administrativa. Contudo, a mencionada Súmula nº 71 foi revogada 17 (dezessete) dias depois, pela Súmula nº 72¹⁷⁷, de 26 de setembro de 2013, restabelecendo na integralidade a Súmula nº 32.

2.2. A restituição dos pagamentos indevidos em duas nações

2.2.1. A restituição do indébito no direito espanhol

Não é incomum o tema da restituição dos pagamentos indevidos na jurisprudência do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Justiça da Espanha¹⁷⁸.

A Lei nº 47, de 2003, fixa objetivamente o dever de restituir o indevidamente recebido, o que os Tribunais aplicam amplamente; e o caminho a ser perseguido para tanto é a revisão (de atos nulos), a revogação (por interesse da Administração) ou a retificação (de erros materiais).

¹⁷⁷É curioso que a AGU tenha restabelecido a validade da Súmula nº 34, depois de tê-la alterado substancialmente (desfigurado), utilizando os mesmos fundamentos para a primitiva edição do enunciado nos idos de 2008. É como se não houvesse uma razão jurídica para a alteração, ou, especulando, teria ocorrido um motivo específico (de fato) que, depois de ocorrido e regulado, a alteração logo foi superada, restabelecendo as disposições anteriores.

¹⁷⁸O Tribunal Supremo da Espanha, com jurisdição em todo território nacional espanhol, aprecia, em única instância, entre outras, “los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno, (...) Tribunal de Cuentas (...) en los términos y materias que la Ley establece (...)”. Também, “conocerá los recursos de casación y revisión y otros extraordinarios que establezca la ley en materias propias de este orden jurisdiccional”.

Por sua vez, Conforme art. 70 da Lei Orgânica do Poder Judiciário da Espanha, os Tribunais Superiores de Justiça de cada Comunidade Autônoma – 19 (dezenove) no total – culminam a organização judiciária no âmbito do território, sem prejuízo da jurisdição do Tribunal Supremo. Possuem diversas competências, entre as quais, enumeram-se a seguir: “1. Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, en única instancia, de los recursos que se deduzcan en relación con: a) Los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. b) Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales. c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial. d) Los actos y resoluciones dictados por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa (...)”.

Conforme anotado no capítulo I, a Lei nº 47, de 2003, caracteriza propriamente como pagamentos indevidos aqueles decorrentes de erros materiais, aritméticos ou de fato da Administração (artigo 77, item I). Além disso, remete à disciplina do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (Lei nº 39, de 1º de outubro de 2015), na qual estão definidos os critérios a serem observados para a revisão, a revogação e a retificação de atos, o que pode resultar no dever de restituir valores recebidos indevidamente¹⁷⁹.

No âmbito do Regime Geral de Seguridade Social espanhol (Real Decreto Legislativo 8/2015¹⁸⁰, de 30 de outubro, aprovado pela Lei Geral de Seguridade Social), firmou-se, no art. 55, itens 1 a 4, a obrigatoriedade de restituição de pagamentos indevidos, isto é, de prestações recebidas pelos beneficiários além do que lhe é efetivamente o direito¹⁸¹.

Além disso, fixa, no tocante ao dever de restituir os valores, responsabilidade subsidiária do agente público - com os beneficiários - que por ação ou omissão contribuiu para os pagamentos indevidos, salvo se agiu de boa-fé, ação que deve ser provada. Ademais, a obrigação de restituir prescreve em 4 anos, independente do fato que gerou os pagamentos indevidos, inclusive se tiver origem em ato da própria Administração.

¹⁷⁹Disciplina da revisão de atos conforme a Lei nº 39, de 1º de outubro de 2015: Artículo 106. 1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.” (...) Artículo 110. Límites de la revisión. Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

¹⁸⁰O Real Decreto Legislativo nº 8, de 30 de outubro de 2015 revogou o Real Decreto Legislativo nº 1, de 20 de junho de 1994. Esta norma, no art. 45, assim como aquela, fixa o dever de restituir os valores pagos indevidamente aos trabalhadores e demais beneficiários.

¹⁸¹Dispositivos do Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de outubro, que aprovou a Lei Geral de Seguridade Social: “Artículo 55. Reintegro de prestaciones indebidas.1. Los trabajadores y las demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe. 2. Quienes por acción u omisión hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación responderán subsidiariamente con los perceptores, salvo buena fe probada, de la obligación de reintegrar que se establece en el apartado anterior. 3. La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora. 4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda”.

A norma estabelece ainda, no art. 299, alínea “i”, a obrigação de os trabalhadores, solicitantes e beneficiários de prestações por desemprego ressarcirem as prestações indevidamente recebidas¹⁸².

Confirmam-se, a seguir, trechos de decisões dos Tribunais que refletem o entendimento do Judiciário espanhol sobre o assunto.

Na Sentença nº 399/2016 (Recurso nº 330/2015), do Tribunal Superior de Justiça de Madrid, Sala do contencioso-administrativo, é analisada a restituição de pagamentos indevidos a título de “complemento destino”¹⁸³. Considerou-se que houve erro material ou de fato e sua correção não prejudica direito do beneficiário, “pues lo único que se persigue con el mismo es evitar um enriquecimiento injusto que perjudica los intereses generales”.

Afirma-se, na sentença, que um pagamento errôneo e indevido obriga à devolução dos valores e, no referido caso, por se tratar de erro material ou de fato, retifica-se o erro cometido, sem precisar seguir o rito de processo administrativo pertinente à anulação ou à revogação de atos, exatamente em razão de se entender, nesses casos, que o ato efetivamente não existiu. A devolução dos valores é o entendimento prevalecente no Tribunal, ao reportar-se a diversas deliberações, entre as quais, a título de exemplo, a Sentença nº 115/2005 (Recurso nº 2500/2002):

El pago del triénio, si ha sido erróneo y, en favor del demandante, obliga a la devolución de lo indebidamente percibido en relación con el periodo no prescrito, rectificando el simple error cometido, sin precisar la apertura de procedimiento administrativo alguno tendente a dejar sin efecto un acto anterior que en realidad no existe (...)

Na Sentença nº 279/2016 (Recurso nº 235/2015) do Tribunal de Justiça de Pamplona/Iruña, igualmente foi determinada restituição de valores pagos indevidamente, uma vez que a funcionária continuou a receber direitos na integralidade sem que se considerasse a redução da jornada de trabalho em 40%. A deliberação confronta os argumentos da violação da doutrina dos atos próprios e dos princípios da boa-fé e da confiança legítima; que entende não ter ocorrido, diante do fato de a atuação da Administração não está vinculada a precedente que esteja incurso em ilegalidade, pois o princípio da igualdade só opera dentro da lei.

¹⁸²Esta regra estava prevista também na revogada Lei de Seguridade Social.

¹⁸³ “Complemento destino” é o valor pago com o objetivo de compensar a insularidade do local, a falta de comunicação por terra com o destino, conforme notícia veiculada no sítio: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/428-aumenta-un-160-el-complemento-de-destino-de-jueces-magistrados-fiscales-y-secretarios-judiciales-en-gran-canaria-y-tenerife/>.

O Tribunal Supremo, ao analisar o Recurso nº 1012/1997¹⁸⁴, interposto por segurada do “Instituto Nacional de la Seguridad Social”, aponta que a Administração atua com base na boa-fé. Por sua vez, o segurado precisa demonstrar que atuou de modo leal, ter uma atitude positiva, informar, por exemplo, que não atenderia aos critérios legais para o recebimento dos valores relativos à pensão. Agir de modo diferente, inclusive ocultando informações, permite concluir pela má-fé.

A incompatibilidade entre a percepção de pensão e o exercício de cargo na Administração Pública levou o Tribunal Supremo, em Sentença de 24 de maio de 1993 (Recurso nº 639/1992), a determinar a restituição de pagamentos indevidos. A teoria da equidade fundamentou a decisão para restringir o ressarcimento ao erário apenas no pertinente a 3 (três) meses do período – eram cobrados 6 (seis) meses - que permaneceu recebendo o valor indevidamente, isso porque não havia doutrina unificada sobre o tema, conforme menciona o julgado.

Em outra Sentença (Recurso nº 495/2013), o Tribunal Superior de Justiça de Madri determinou a restituição de pagamentos indevidos¹⁸⁵, que ocorreram em virtude de erro material cometido pela Administração. A restituição ocorreu por meio de dedução dos valores diretamente no contracheque, afirma-se na deliberação¹⁸⁶.

Por fim, nesses julgados, a legalidade prevalece sobre a consideração de outros argumentos jurídicos que militariam em favor de se afastar o dever de restituir o valor indevidamente recebido.

2.2.2. A restituição dos pagamentos indevidos no direito português

A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal é firme no sentido de que se devem repor os valores indevidamente recebidos pelos beneficiários, o que significa dá aplicação ampla às normas vigentes.

¹⁸⁴O segurado recebia pensão do Regime Geral correspondente a 60.220 pontos até agosto de 1995, incluindo “complementos de mínimos por cônyuge a cargo”. No entanto, o cônyuge faleceu em 30 de março de 1986. Com o conhecimento do fato, o INSS calculou o valor adequado, suprimiu a percepção dos “complementos mínimos” e iniciou o reembolso dos pagamentos indevidos. Contra a ação do INSS, o pensionista propôs ação judicial.

¹⁸⁵Os valores indevidos eram pagos a título de “complemento de territorialidade”.

¹⁸⁶No mesmo sentido, decidiu o Tribunal Superior de Justiça de Valência (Recurso nº 2435/2008, Sentença nº 606/2011), ao determinar a restituição de pagamentos indevidos realizados a título de “haberes”. A inclusão do valor no contra cheque foi considerado erro material.

Assim como na Espanha, norma específica - em Portugal, o Decreto-Lei nº 155, de 28 de julho de 1992 – estabeleceu as regras para a reposição de valores ao erário¹⁸⁷.

Conforme art. 36 e seguintes do referido Decreto-lei, a restituição pode ocorrer de várias formas: mediante compensação, dedução ou pagamento através de guia; ou, com a autorização competente, em prestações mensais, desde que o valor não seja inferior a 5% da totalidade da quantia a restituir¹⁸⁸.

Não é autorizada a restituição em prestações se os beneficiários, no momento do recebimento dos valores, sabiam que se tratava de recebimentos indevidos (art. 38, item 3 do Decreto-Lei nº 155, de 1992). Acrescenta-se o disposto no item 1 do art. 40 da referida norma, ao estabelecer que “A obrigatoriedade de reposição das quantias recebidas prescreve decorridos cinco anos após o seu recebimento”.

A restituição de pagamentos indevidos submete-se, ademais, nas ocorrências de erros jurídicos, às normas do Código de Processo Administrativo Português, Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015¹⁸⁹, diante dos critérios lá fixados para a anulação, revogação e retificação de atos administrativos¹⁹⁰.

¹⁸⁷O Decreto-Lei nº 155, de 28 de julho de 1992, fixou o regime da administração financeira do Estado e finalizou a arquitetura legislativa da reforma orçamentária e de contabilidade pública.

¹⁸⁸ Dispositivos mencionados do Decreto-Lei nº 155, de 1992: “Artigo 36.º Formas de reposição:

1 - A reposição de dinheiros públicos que devam reentrar nos cofres do Estado pode efectivar-se por compensação, por dedução não abatida ou por pagamento através de guia.

2 - As quantias recebidas pelos funcionários ou agentes da Administração Pública que devam reentrar nos cofres do Estado serão compensadas, sempre que possível, no abono seguinte de idêntica natureza.

3 - Quando não for praticável a reposição sob as formas de compensação ou dedução, será o quantitativo das reposições entregue nos cofres do Estado por meio de guia.

Artigo 37.º Mínimo de reposição

Não haverá lugar ao processamento de reposições quando o total das quantias que devem reentrar nos cofres do Estado, relativamente a cada reposição, seja inferior a um montante a estabelecer no decreto-lei de execução orçamental (...) Artigo 40.º Prescrição

1 - A obrigatoriedade de reposição das quantias recebidas prescreve decorridos cinco anos após o seu recebimento.

2 - O decurso do prazo a que se refere o número anterior interrompe-se ou suspende-se por acção das causas gerais de interrupção ou suspensão da prescrição”.

¹⁸⁹O Decreto-Lei nº 4, de 2015, substituiu o Decreto-Lei nº 442, de 15 de novembro de 1991.

¹⁹⁰ O art. 171 do Decreto-Lei nº 4, de 2015, trata, entre outras coisas, dos efeitos da anulação de ato administrativo: 1 - (...); 2 - (...); 3 - Salvo disposição especial, a anulação administrativa produz efeitos retroativos, mas o autor da anulação pode, na própria decisão, atribuir-lhe eficácia para o futuro, quando o ato se tenha tornado inimpugnável por via jurisdicional. 4 - A anulação administrativa produz efeitos repristinatórios e, quando tenha por objeto a anulação de um ato revogatório, só não determina a repristinação do ato revogado se a lei ou o ato de anulação assim expressamente dispuserem.

O art. 174 da mencionada norma regula no, art. 174, a retificação dos atos administrativos: “1 - Os erros de cálculo e os erros materiais na expressão da vontade do órgão administrativo, quando manifestos, podem ser retificados, a todo o tempo, pelos órgãos competentes para a revogação do

Ilustra o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo a deliberação adotada por meio do Acórdão de 5/6/2008 (processo nº 01212/06)¹⁹¹, na qual o Tribunal apreciou caso de reposição de “subsídios de especialização e itinerância”, recebidos indevidamente por dirigentes e docentes do ensino especial de Portugal.

Na deliberação, é julgado procedente o recurso jurisdicional e improcedente a “ação administrativa especial” promovida pelos beneficiários, anulando o acórdão recorrido que lhes era favorável, o que viabilizou o desconto dos valores pagos indevidamente, na forma decidida administrativamente pela Secretaria Regional da Educação da Região Autónoma da Madeira.

A discussão limitou-se, em especial, à aplicação do prazo de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública pudesse determinar a reposição dos valores pagos indevidamente, conforme previsto no art. 40º, número 1 do Decreto-Lei nº 155, de 28 de julho de 1992; prevalecendo em face do disposto no art. 141 do Código de Procedimento Administrativo Português, então vigente, (Decreto-Lei nº 442, de 15 de novembro de 1991), que orientava prazo menor, incompatível com aquele normativo¹⁹². O Supremo Tribunal Administrativo trilhou o mesmo entendimento no Acórdão de 17/3/2010 (processo nº 0413/2009).

É importante assinalar que, em ambas deliberações mencionadas e também no Acórdão de 6/12/2015 (processo nº 0672/2005), o Supremo Tribunal Administrativo menciona a distinção entre o erro material ou de cálculo e o erro jurídico, os quais podem gerar a restituição dos pagamentos indevidos. No entanto, neste caso, a reposição dos valores depende da observância das regras previstas no Código de Processo Administrativo, quanto à anulação/revogação dos atos administrativos.

Anota-se, ademais, ainda de acordo com o Acórdão de 6/12/2015 (processo nº 0672/2005), que os atos de processamento de vencimentos são considerados verdadeiros atos administrativos e não uma simples operação material ou contábil, o

ato. 2 - A retificação pode ter lugar oficiosamente ou a pedido dos interessados, produz efeitos retroativos e deve ser feita sob a forma e com a publicidade usadas para a prática do ato retificado.

¹⁹¹Veja-se a ementa do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5/6/2008 (processo nº 01212/2006): “O despacho que ordena a reposição nos cofres do Estado de quantias indevidamente recebidas, dentro dos cinco anos posteriores ao seu recebimento, ao abrigo do art. 40º, nº 1 do DL nº 155/92, de 28 de Julho, não viola o art. 141º do Código do Procedimento Administrativo, atento o disposto no nº 3 do DL nº 155/92, de 28 de Julho, preceito de natureza interpretativa introduzido pelo art. 77º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro”.

¹⁹²O Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015, que substituiu o Decreto-Lei nº 442, de 15 de novembro de 1991, definiu outros prazos para anulação de ato administrativo, estabelecendo como limite máximo 5 anos.

que significa dizer que a reposição dos valores depende antes da adoção de procedimentos de anulação.

Por fim, da mesma forma que na Espanha, prevalece o dever de restituir na forma definida na norma, parâmetro que se impõe ante outras considerações jurídicas.

2.3. A reposição dos pagamentos indevidos no entendimento da doutrina brasileira

A doutrina diverge quanto à restituição ou dispensa de reposição dos pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública, retratando o entendimento do STF, STJ e TCU.

A apreciação da questão pelos doutrinadores foca a restituição ou a dispensa de reposição dos pagamentos indevidos destacando o confronto entre princípios, especialmente da legalidade, da autotutela administrativa e do enriquecimento ilícito ou sem causa, por um lado; e a boa-fé, a juridicidade, a natureza alimentar das parcelas, o direito adquirido, a coisa julgada, de outro; a justificarem posicionamentos opostos. Aqueles no sentido de fundamentar a restituição dos valores, e estes, de dispensar.

Parcela significativa dos doutrinadores defende a dispensa de restituição dos pagamentos indevidos em quaisquer que sejam as hipóteses, quando decorrentes de erro da Administração, seja operacional ou de direito, desde que os valores tenham sido recebidos de boa-fé, dada a natureza alimentar das parcelas; o mesmo encaminhamento, em idêntico fundamento, é defendido em relação aos pagamentos oriundos de decisão judicial em caráter liminar ou definitivo, posteriormente cassada ou revisada (VIEGAS, 2012, p. 62; MARIANO, 2013, p. 42-43; ÁVILA, 2012, p. 27-28). Além disso, poucos divergem quanto à dispensa de restituição dos pagamentos indevidos decorrentes de erro de interpretação jurídica ou má aplicação da lei.

Em sentido diametralmente oposto, a restituição dos pagamentos indevidos de forma generalizada, em todas as situações, tem defesa minoritária; muitos são os adeptos, no entanto, da restituição dos pagamentos decorrentes de erros administrativos operacionais e de decisões judiciais revisadas ou cassadas; além

disso, não há dissenso quando ocorre dolo, má-fé ou fraude¹⁹³ (VIEGAS, 2012, p. 62; MARIANO, 2013, p. 42-43)¹⁹⁴.

A doutrina fundamenta o entendimento no sentido de restituir o pagamento indevido no poder-dever de a Administração anular seus próprios atos quando eivados de vícios, e na aplicação dos princípios do enriquecimento ilícito e na boa-fé objetiva (LEAL, 2013, p. 68-69, 73, 77 e 81; MEDEIRO SILVA, 1963, 114). Independente da causa originadora dos pagamentos indevidos, se em erro da Administração Pública ou originário de decisão judicial provisória ou definitiva posteriormente revisada ou cassada, é o caso de restituição diante das normas em vigor (LEAL, 2013, p. 68-69, 73, 77 e 81)¹⁹⁵.

A reposição dos pagamentos indevidos realizados pela Administração Pública sob a perspectiva da invalidade do ato administrativo coloca em choque dois princípios antagônicos: a legalidade, que impõe a anulação de ato viciado; e a proteção da confiança, que demanda, em cada caso concreto, a averiguação da presença ou não de boa-fé do agente público (MARQUES, 2010, p. 8). Nesse sentido, deve-se aplicar o princípio que melhor atenda ao bem comum de forma a concretizar o ideal de justiça (OLIVEIRA, 2013, p. 16).

¹⁹³Ao se analisar as consequências do ato ilícito (nulos) no contexto da aplicação dos princípios do enriquecimento sem causa e da boa-fé em contraposição à má-fé; a Administração não pode se locupletar do direito do particular, o que garante ao administrado direito ou indenizações por eventuais serviços prestados. Em outro sentido, por sua vez, agir de boa-fé é atuar “sem malícia, sem intenção de fraudar a outrem” e que a má-fé deve ser explícita, demonstrada, não sendo suficiente meras suposições, simples suspeitas (MELLO, 1997, 34-35).

¹⁹⁴Cynara Monteiro Mariano analisa a reposição de pagamentos indevidos em decorrência da implantação de planos econômicos (a exemplo de Bresser, URP/89, Collor) fundada em decisões judiciais que perderam eficácia no tempo. Sustenta a dispensa de restituição dos valores pagos indevidamente no direito adquirido e na coisa julgada em confronto à obediência ao princípio da legalidade. Ademais, não se aplica à situação a teoria da invalidação dos atos administrativos, cujos efeitos são *ex tunc*. O caso seria típico de anulabilidade, com efeitos *ex nunc* (MARIANO, 2013, p. 35-36).

A análise da autora é feita em face de deliberações do Tribunal de Contas da União, nas quais julga ilegal a incorporação e manutenção em rubrica independente de planos econômicos no contracheque de agentes públicos, baseada em decisão judicial, isso porque têm natureza de antecipação salarial, sendo devidos apenas até a reposição das perdas salariais, o que ocorre na primeira data-base seguinte. Nesse sentido, vejam-se as decisões: Acórdão nº 4976/2012 - TCU - 1ª Câmara Acórdãos 398/2004-Plenário, Decisão Plenária 138/2001, Acórdãos 1.910/2003 e 2.169/2003, ambos da 1ª Câmara, Decisões 117 e 118/2002, da 2ª Câmara, e Decisões 231, 280, 313 e 331/2002, da 1ª Câmara, dentre inúmeros outros julgados.

¹⁹⁵Thaís Chaves Pedro Ferreira, em abrangente apreciação do tema, posiciona-se favorável a restituição dos valores pagos indevidamente nos casos de ocorrência de erro operacional da Administração e de decisão judicial, em liminar ou tutela antecipada ou sentença definitiva, posteriormente, cassadas ou rescindidas. O entendimento baseia-se na valorização da legalidade em oposição à boa-fé dos beneficiários. Aliás, afirma a autora, não há boa-fé do servidor quando busca, no Judiciário, alcançar vantagem pecuniária que pode não ser considerada devida (FERREIRA, 2013, p. 57-70).

Há ainda autores que defendem que a restituição dos valores pagos indevidamente deve ser resolvida no caso concreto, por falta de uma solução que atenda adequadamente o universo de situações (SANTOS FILHO, 2014, p. 197; MARQUES, 2010, p. 8).

A distinção entre erro operacional e erro jurídico é relevante, uma vez que, em decorrência do primeiro, o valor não estaria sujeito, a priori, à retenção pelo beneficiário, especialmente nas situações em que a gravidade do equívoco afasta de pronto a boa-fé ou a legítima confiança. No entanto, em certas situações, há dificuldade em se estabelecer se, por exemplo, um erro grosseiro tem as características para afastar a boa-fé de quem recebeu valor indevidamente (MARQUES, 2010, p. 10).

O emprego da boa-fé tem ganhado espaço no Direito Administrativo, sendo reconhecido como princípio constitucional implícito. O interesse público não é barreira à boa-fé, ao contrário, são conceitos convergentes entre si, e que eventual proteção de interesses individuais (com base na boa-fé) não significa negativa simplória à supremacia do interesse público. Ademais, a legalidade não é o único comando vinculativo para o administrador público, diante dos nortes constitucionais expressos que estabelecem a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência; e implícitos, como proporcionalidade, razoabilidade, segurança das relações jurídicas, motivação (FINGER, 2016, p. 20).

Observa-se que a restituição dos pagamentos indevidos está inserida essencialmente em um contexto de divergência doutrinária e jurisprudencial, que se materializa na aplicação de diversos princípios de direito e em elementos circunstanciais de cada caso analisado.

2.4. O objetivo do capítulo e o confronto de argumentos e princípios informadores das decisões

A partir da observação das deliberações apresentadas neste capítulo, saltam aos olhos ao menos dois aspectos que merecem destaque.

Primeiro, e mais importante, a existência de uma infinidade de decisões sobre o tema e, ao lado disso, como ele tem se modificado ao longo dos anos. Nesse aspecto, pode-se destacar a mudança de posicionamento, em uma virada de 180°, do STJ que, antes de 2004, não admitia a dispensa de restituição de pagamentos

indevidos; e, depois de 2004, passou a admiti-la em certos casos no início, tendendo hoje a aplicá-la em 100% das situações.

O TCU, por sua vez, emitiu três súmulas sobre o assunto, evoluindo de uma posição branda para rigorosa e, na sequência, voltando atrás, ao mesmo tempo em que situações específicas levam a decisões contraditórias, inclusive ao se deixar de observar a Súmula nº 249. A AGU seguiu caminho parecido ao do TCU.

E o que está por trás dessas mudanças tendo em vista que a legislação sobre o assunto, no essencial, não se alterou ao longo dos anos?

Ao lado das questões políticas, dos interesses corporativos que se acentuam e se impõem; há o manuseio, pelas instâncias decisórias, de elementos jurídicos e, em especial, de diversos princípios de direito.

Se o STJ, em algum momento, manteve a obrigação de restituir os cofres públicos fundamentando suas decisões nos princípios da legalidade e da segurança jurídica; mais adiante, a mesma segurança jurídica, a boa-fé, a presunção de legitimidade, o caráter alimentar das parcelas, etc. são manejados para outra finalidade, agora para dispensar. Da mesma forma, o TCU e a AGU oscilaram nos seus entendimentos.

Segundo, não se vê, comparando as decisões nacionais e de outras nações, o recurso a princípios, como elemento fundamental no delineamento da restituição do indébito, mas às próprias regras orientadoras da reposição dos valores ao Erário.

Diante disso, no próximo capítulo, vai-se explorar os fundamentos das deliberações adotadas, focado no estudo dos princípios informadores e na possibilidade de a Administração Pública invalidar os atos por ela adotados, além de repercutir algum tempero cultural importante para análise do tema.

3. A INVALIDIDADE E A REPOSIÇÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO COMO DECORRÊNCIA DO EMBATE DE NORMAS E DO ELEMENTO CULTURAL

Destacou-se, no capítulo anterior, nas deliberações mencionadas do STF, STJ e TCU, o confronto de argumentos que levam a distintas tomadas de posição, induzindo à valorização de certos princípios em detrimento de outros, ao mesmo tempo em que se afasta a aplicação de regras específicas.

Neste capítulo, vai-se aprofundar o estudo doutrinário do tema a partir da observação do problema pela lente da aplicação de princípios e regras utilizados na busca da solução mais adequada para a questão da dispensa de reposição de pagamentos indevidos, trazendo para a discussão a teoria da invalidade dos atos administrativos.

Apresenta-se, ao final, o cotejo dos argumentos apresentados, contemplando a análise da reposição dos pagamentos indevidos a partir de viés que tenta privilegiar mais adequadamente o interesse público.

3.1. A invalidade dos atos de pagamento indevido: os efeitos, a convalidação, a decadência e a prescrição

Os atos de pagamento indevido contêm vícios que os sujeitam à invalidade. A reposição dos valores, que surge como consequência da invalidade desses atos, é delineada a partir do manejo de princípios utilizados como fundamento para as decisões.

Conforme a Súmula nº 473 do STF, a Administração Pública tem o poder-dever de invalidar o ato administrativo viciado. A invalidação pode decorrer de ação do próprio Órgão que o praticou, típico exercício do controle administrativo. Há ainda a possibilidade de invalidação fruto da atuação do Poder Judiciário – controle judicial¹⁹⁶ -, ou por meio da ação do CNJ e do CNMP– controle administrativo e interno¹⁹⁷ -; bem como do Poder Legislativo, no qual se inserem os Tribunais de Contas¹⁹⁸, no exercício do controle legislativo ou externo.

¹⁹⁶ No Brasil, vigora o sistema de jurisdição única e, nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário decidir de forma definitiva sobre a aplicação do direito ao caso concreto, independente do litigante ou da relação jurídica controvertida, controlando “a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados (...)” (MELLO, 2014, p. 962-963).

¹⁹⁷ O CNJ foi criado com a missão de “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, competindo-lhe zelar pela observância do art. 37 e apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência do TCU

Nesse contexto, importante destacar que os pagamentos indevidos podem ter origem tanto em ato administrativo simples como no contexto do ato complexo^{199 200}. A distinção é relevante, pois a possibilidade de invalidação de ato viciado contém contornos distintos em cada uma das situações. Enquanto na primeira hipótese a Administração Pública deve observância à Lei nº 9.784, de 1999, e à Sumula nº 473 do STF; na outra, a invalidade segue a teoria do ato complexo, segundo a qual a fluência do prazo de decadência de que trata o art. 54 da referida Lei só inicia com a deliberação do TCU²⁰¹.

A título de exemplo, para ilustrar melhor a distinção, veja-se que foi averbado tempo de serviço de servidor em desconformidade com a lei. Passados 15 (anos), o vício foi detectado e a Administração Pública buscou a invalidade do ato. De acordo com a mencionada teoria, por se tratar a averbação de ato precário, preliminar, sendo elemento do ato complexo de aposentadoria, não há empecilho para a

(ALVES JÚNIOR E BARROSO FILHO, 2016, p. 2). A essas atribuições, acrescenta-se o poder de desconstituir (invalidar) atos administrativos praticados pelos jurisdicionados (art. 103-B, § 4º, inciso II da Constituição Federal de 1988). O CNMP é titular, no âmbito de sua atuação, dos poderes concedidos ao CNJ (art. 130-A, § 2º, inciso II da Constituição Federal de 1988).

¹⁹⁸ Conforme art. 71, inciso IX da Constituição Federal de 1988, cabe ao TCU “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” e, ainda, nos termos do inciso X, “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”.

¹⁹⁹ A doutrina adota a distinção entre atos administrativos simples, complexo e composto. Simples é aquele que decorre da vontade de um só órgão ou agente administrativo. Complexo é o ato formado a partir da atuação de diversos agentes ou órgãos, cada um na medida de sua autonomia, com conteúdo próprio; e composto, o ato que “não se compõe de vontades autônomas, embora múltiplas. Há uma vontade autônoma e as demais são instrumentais (CARVALHO FILHO, 2017, p. 133).

²⁰⁰ Há críticas à distinção entre ato complexo e composto, uma vez que ela não retrataria o aspecto essencial, que diz respeito à vontade final ou vontades-meio da Administração (CARVALHO FILHO, 2017, p. 135). Além disso, a doutrina, assim como a jurisprudência, ao menos em decisões residuais, diverge quanto à natureza do ato de aposentadoria, se complexo, como entende o STF, ou composto, conforme se observa ao menos em decisões monocráticas no STJ (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 3, 7-10, 15).

²⁰¹ Conforme entendimento do STF no julgamento Ag. Reg. Em MS nº 26.132 – DF:

Agravo regimental em mandado de segurança. Decisão do Tribunal de Contas da União. Aposentadoria. Ato complexo. Registro no TCU. Decadência. Inaplicabilidade. Conclusão pela ilegalidade do ato de concessão de aposentadoria. Possibilidade. Não há direito adquirido a regime jurídico. Ausência de violação dos princípios da separação dos poderes, da coisa julgada e da segurança jurídica. Agravo regimental não provido (...) 2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que o ato concessivo de aposentadoria, pensão ou reforma configura ato complexo, cujo aperfeiçoamento somente ocorre com o registro perante a Corte de Contas, após submissão a juízo de legalidade. Assim, a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 somente se opera a partir da publicação do referido registro” (ministro relator Dias Toffoli, Segunda Turma, Sessão de 18/11/2016).

adoção da medida, se o TCU ainda não tiver se manifestado sobre a concessão, data a partir da qual inicia a fluência da decadência²⁰³.

O ministro Benedito Gonçalves, no julgamento do Ag no Ag no Recurso Especial nº 1.347.378 – RS, como relator do voto vencedor, cita diversos julgados do STF como precedentes, sustentando “que a jurisprudência tanto do STF quanto do STJ está firmada no sentido de que o ato administrativo complexo de verificação das condições de validade da concessão inicial de aposentadoria não se sujeita à regra prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999”.

A dissertação foca essencialmente a invalidade do ato administrativo simples, isto é, a partir do exercício da autotutela, do controle administrativo, mas sem deixar de considerar, quando pertinente, a disciplina do ato complexo que repercute exatamente nas concessões de aposentadoria, reforma e pensão, atos esses que estão inseridos no exercício das competências de controle externo, no qual se destaca a atuação dos Tribunais de Contas, e que podem ser origem de pagamentos indevidos.

Assim, diante de vício de legalidade, o ato administrativo poderá ser invalidado em decorrência da ação de vários órgãos ou Poderes, cada um atuando no seu espaço de competência, administrativa, controles interno, externo ou judicial. É importante ressaltar que os pagamentos indevidos têm origem em atos administrativos inválidos e também em decisões judiciais que venham a ser revistas ou cassadas.

Veja-se que os pagamentos indevidos decorrentes de decisões judiciais podem ter como fundamento ato administrativo adotado pela Administração Pública ou até norma editada pelo Poder Legislativo, de cujos conteúdos uma das partes da ação judicial (servidor, sindicato e associações representativas de classe) discordou, ingressando com as ações judiciais pertinentes.

²⁰³ Esse posicionamento reflete o entendimento do ministro Benedito Gonçalves no julgamento do Ag no Ag no Recurso Especial nº 1.347.378 – RS. De acordo com o ministro, o ato de averbação de tempo de serviço é precário, preliminar, “de modo que (este) só se aperfeiçoa com o exame de sua legalidade e subsequente registro pelo Tribunal de Contas da União. Assim, enquanto não aperfeiçoado o ato concessivo de aposentadoria, com o respectivo registro perante a Corte de Contas da União, não há falar fluência do prazo do art. 54 da Lei nº 9.784/99, referente ao lapso de tempo de que dispõe a administração pública para promover a anulação de atos de que resultem efeitos favoráveis aos destinatários” (Ag no Ag no Recurso Especial nº 1.347.378 – RS, relator para o Acórdão ministro Benedito Gonçalves, DJe de 9/6/2017, Primeira Turma).

As Leis nº 9.784, de 1993, e 4.717, de 1965, fixaram as bases para o disciplinamento da invalidade dos atos administrativos e suas consequências. A última norma mencionada, ressalta-se, foi a primeira a estabelecer disciplina específica relativa à nulidade no Direito Administrativo. Chamada de Lei de Ação Popular, é a única a discriminar atos administrativos anuláveis de nulos, e a descrever, de forma genérica, os vícios que podem acometê-los. Não há, no entanto, esclarecimentos sobre as consequências de uma eventual declaração de nulidade ou anulabilidade, nem da incidência da decadência do direito de invalidar (COUTO E SILVA, 2004, p. 294-295).

A Lei nº 9.784, de 1993, que regula o processo administrativo na Administração Federal, no art. 53, estabeleceu disposição específica que determina que a Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, na linha do Enunciado de Súmula nº 473²⁰⁴ do STF.

O tratamento da invalidade no Direito Administrativo brasileiro é complexo, e os doutrinadores divergem sobre os mais variados aspectos, desde terminológicos ao conteúdo do termo propriamente dito. O problema está relacionado à falta de uma completa e racional sistematização no direito posto²⁰⁵ (MAFFINI, 2005, p. 128), levando a tentativas de transplantar para o Direito Administrativo as regras do Direito Civil; o que só é admissível, dadas as particularidades de cada um, na falta de normas próprias e que sejam necessariamente compatíveis (VITTA, 2000, p. 264).

Os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei são inválidos, e não há graus distintos desse fenômeno jurídico; o que existe são diferentes reações do direito em face de uma hipótese qualquer de invalidade, isto é, a ordem normativa pode repelir com mais ou menos intensidade os atos praticados com desobediência a preceitos legais; daí falar-se em distinções, manejadas por boa parte da doutrina, como atos nulos e anuláveis, atos irregulares e inexistentes (MELLO, 2014, p. 469)²⁰⁶.

²⁰⁴Enunciado de Súmula do STF nº 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

²⁰⁵A expressão “direito posto” é utilizada no sentido atribuído pelo ministro Eros Grau, com a significação de “direito positivado” (MAFFINI, 2005, p. 116).

²⁰⁶Maria Sylvania Zanella Di Pietro utiliza indistintamente os termos invalidação e anulação (DI PIETRO, 2014, p. 248). Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que emprega o termo invalidade para

A invalidação é “a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”; contempla, no sentido genérico, a nulidade e a anulação e deixa de fora as questões de conveniência e oportunidade do ato (MELLO, 2014, p. 470).

Com o intento de caracterizar a invalidade e as consequências delas advindas, os diversos autores²⁰⁷, no conjunto, mencionam ao menos quatro categorias de atos administrativos viciados, cada uma, muitas vezes, com abrangência distinta: nulos, anuláveis, irregulares e inexistentes. Criticando o emprego da teoria das nulidades do Direito Civil no Administrativo, Seabra Fagundes classifica os atos administrativos em três categorias (FAGUNDES, 2005, p. 65-73):

a) atos nulos – “violam as regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, ao objeto, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei”. São inexistentes, absolutamente inválidos, o objeto é ilícito.

b) atos anuláveis – violam os cinco elementos do ato administrativo, porém podem ser preservados na suposição de que, dessa forma, o interesse público é melhor atendido. Relativamente inválidos.

c) atos irregulares – apresentam defeitos irrelevantes, quase sempre de forma, não afetando o interesse público, dado o tipo de infringência às normas.

Seabra Fagundes inclui os atos inexistentes na categoria de nulos (FAGUNDES, 2005, p. 65-73). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, nulos são os atos declarados na lei, bem como os não passíveis de convalidação, uma vez que, se o mesmo conteúdo fosse colocado em outro ato, estar-se-ia incorrendo em nova ilegalidade; anuláveis, os declarados em lei e os que podem ser repetidos sem vício; inexistentes, os atos contemplando comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, “condutas criminosas que atentem contra a dignidade humana”, a exemplo

abranger quaisquer hipóteses de desconformidade com a lei, e como antítese de validade; não abrangendo, portanto, as situações de extinção do ato jurídico por motivo de conveniência e oportunidade (MELLO, 2014, p. 470-471). José dos Santos Carvalho Filho segue a mesma terminologia utilizada por Celso Antônio (CARVALHO, 2014, p. 114-115).

²⁰⁷M. Seabra Fagundes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho.

de instruções para a prática de tortura por policiais, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimento de devedores do Fisco ou para explorar trabalho escravo (MELLO, 2014, p. 486).

Consequência relevante da distinção entre os tipos de atos inválidos é a possibilidade de demonstrar que alguns estão sujeitos à correção, ao saneamento, e outros, não. Esse fenômeno decorre do princípio da legalidade, o qual visa restabelecer a ordem jurídica, seja por meio do instituto da invalidação ou da convalidação (ZANCANER, 1996, p. 56). Assim um ato que contém certos vícios que podem ser supridos – anulável, nulidade relativa – está sujeito à convalidação; procedimento não aplicável aos atos nulos, maculados de nulidade absoluta. Como decorrência da convalidação, a ilegalidade do ato é superada com efeitos retroativos à data em que foi praticado (DI PIETRO, 2014, p. 257), respeitando-se o princípio da legalidade, como afirmado.

Embora haja divergência quanto aos vícios que acometem o ato administrativo, especialmente sobre o emprego das disposições previstas na teoria das nulidades do direito civil; a Lei nº 4.717, de 1965, estabelece, de forma genérica, os vícios que acometem o ato administrativo, tornando-o inválido: incompetência, forma, ilegalidade do objeto e inexistência de motivos; bem como as situações que os caracterizam.

A partir essencialmente das definições da Lei nº 4.717, de 1965; Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica os vícios em 5 (cinco) categorias, os quais são relativos ao sujeito, ao objeto, à forma, ao motivo e à finalidade²⁰⁹. O vício pertinente ao sujeito envolve problemas de incompetência e incapacidade para adoção dos atos administrativos. Naquela, podem se configurar situações de usurpação de função, excesso de poder e função de fato. Nesta, enquadram-se as ocorrências de impedimento e suspeição previstas na Lei nº 9.784, de 1999 (DI PIETRO, 2014, p. 253).

O vício relativo ao “objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação da lei, regulamento ou outro ato normativo” (art. 2º, parágrafo único, “c” da Lei nº 4.717, de 1965); além disso, “o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de

²⁰⁹Mônica Martins Toscano Simões descreve 5 (cinco) categorias de vícios: motivo, requisitos procedimentais, causa, finalidade, causa e formalização; os quais podem levar à instauração de procedimento administrativo invalidador (SIMÕES, 2004, p. 147-151).

direito), moral e determinado”; nesse sentido, há vício quando o ato administrativo incidir em proibição ou descumprir a lei, buscar efeito impossível, imoral ou incerto em relação às suas características, como destinatário, lugar e tempo (DI PIETRO, 2014, p. 253).

“O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (art. 2º, parágrafo único, “b”, da Lei nº 4.717, de 1965)”. A ilegalidade ocorre, nesse caso, quando a forma é exigida por lei ou a finalidade do ato só possa ser alcançada adotando-se a forma prescrita. O vício de motivo ocorre “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (art. 2º, parágrafo único, “d”, da referida Lei). Por último, o vício de finalidade, ou desvio de poder ou de finalidade, dá-se com a prática “de ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente na regra de competência (art. 2º, parágrafo único, “e” da referida Lei). Contempla duas perspectivas: a prática de ato com inobservância do interesse público, ou com objetivo distinto daquele estabelecido na lei (DI PIETRO, 2014, p. 253-254).

A convalidação, ressalta-se, só se aplica a alguns tipos de vícios no ato administrativo: a) o de incompetência, também chamada de ratificação, desde que não se trate de atribuição dada com exclusividade ao agente público; b) o de forma, se não for essencial à validade do ato. Não é possível, no entanto, quando a pecha de ilegalidade alcançar os elementos objeto, motivo e finalidade (DI PIETRO, 2014, p. 258-259). Ademais, para se convalidar ato anulável, é necessária a observância do art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999, que estabelece restrições para o emprego do instrumento jurídico, quais sejam: não pode acarretar lesão grave ao interesse público; somente atos irregulares e sanáveis podem ser supridos (FREITAS, 2004, p. 271).

A caracterização da invalidade permite a compreensão adequada dos efeitos do ato administrativo gerador de pagamentos indevidos. E não há dúvida de que o tratamento a ser dado, como regra, é de ato nulo, conforme as definições de Seabra Fagundes e Celso Antônio Bandeira de Mello. Além disso, a Administração Pública

tem o poder-dever de anular os próprios atos quando eivados de vício, no exercício da autotutela administrativa, margeando-se pelo princípio da segurança jurídica²¹⁰.

É essencialmente característico do ato administrativo que resulta em pagamento indevido, ao incluir verba não acobertada pela lei, o vício no objeto, portanto, não sujeito à convalidação. Nesse sentido, questão importante é saber o tratamento a ser dispensado aos efeitos da invalidação desses atos administrativos, tendo em vista que eles produziram efeitos enquanto estiveram operativos. Isto é, se a reversão dos efeitos do ato considerado nulo ou anulável ocorre desde a sua edição (*ex tunc*), ou se da data da decisão que o invalidou (*ex nunc*)²¹¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o encaminhamento deve ser dado a partir da distinção entre atos ampliativos e restritivos da esfera jurídica dos administrados. Nesse sentido, se o caso for de atos restritivos de direito, os efeitos da invalidade devem alcançar todo o período de validade e aplicação da decisão; por sua vez, a invalidade surtirá efeitos apenas a partir da deliberação pela invalidade no caso de atos ampliativos de direitos. Esse posicionamento fundamenta-se na presunção de legitimidade e veracidade da atuação da

²¹⁰No sentido da existência do poder-dever de anular ato administrativo ilegal, entre tantos outros, cita-se o RMS nº 25652 – PB, ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/9/2008, conforme ementa a seguir: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público (...)”.

²¹¹ O STJ, em várias deliberações, fixa, como regra, que a invalidade de ato administrativo opera efeitos *ex tunc*. É o que se observa especialmente se o objeto envolve o restabelecimento de direitos aos administrados, a exemplo de nulidade de ato disciplinar, de nomeação, de movimentação de servidor, autorização ou licença urbanístico-ambiental, contrato administrativo (AgRg no REsp nº 1.284.571 – SP, ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 6/5/2014; AgRg no REsp 717406/MG, Sexta Turma, julgado em 18/6/2013; AgRg no REsp 969090/SC, ministro relator Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgamento em 16/3/2010; REsp 769753/SC, ministro relator Herman Benjamim, julgado em 8/9/2009; RMS 22141/RS, ministro relator Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 2/9/2008). Ementa do RMS 22141/RS: “CONCURSO PÚBLICO - SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL – AVALIAÇÃO - EQUIVOCADA DOS TÍTULOS - REAVALIAÇÃO PARA ADEQUAÇÃO DOS TÍTULOS A ESTRITAS DETERMINAÇÕES DO EDITAL - POSSIBILIDADE - VINCULAÇÃO AO EDITAL - AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO - NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...) 3. Os efeitos da invalidação, como regra, dão-se *ex tunc*, ou seja, “fulmina o que já ocorreu, no sentido de que são negados hoje os efeitos de ontem” (cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO; Curso de Direito Administrativo; 20ª ed., p. 434)”.

Administração Pública e ainda na boa-fé do administrado na fruição de eventuais benefícios decorrentes (MELLO, 2014, p. 487-488).

Almiro do Couto e Silva remete à mesma distinção, que diz ser originária do direito alemão, quanto ao caráter positivo ou negativo de efeitos do ato administrativo para os destinatários. Aqueles geram direitos, poderes, faculdades ou vantagens. Estes eliminam deveres, obrigações, encargos ou limitações. Afirma que essa separação está contextualizada no Estado Social de Direito ou no Estado Providência, no qual é latente a “Administração Prestacional”, que concede benefícios e vantagens aos indivíduos, ficando, em segundo plano, a Administração Pública tradicional, a “Administração Coercitiva”, cujo foco está na imposição de obrigações, de forma unilateral e imperativa (COUTO E SILVA, 2004, p.303).

Interessante a observação do autor quando afirma que os efeitos do ato administrativo nem sempre são só positivos ou negativos, por vezes são mistos, havendo partes favoráveis e desfavoráveis. Exemplo disso é a concessão de espaço público para exploração de atividade econômica mediante o pagamento de uma taxa, cita o autor. Significa dizer ainda que tais atos podem gerar benefícios para uns e prejuízos para outros. Quanto à possibilidade de anulação ou revogação, o Administrador Público deve considerar apenas os aspectos positivos, mesmo diante da impossibilidade de separá-los do negativo. Afirma, por fim, que, se o ato administrativo gerou direito subjetivo a destinatário imediato, sujeita-se ao prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 (COUTO E SILVA, 2004, p.304).

Celso Antônio Bandeira de Mello distingue duas situações ao tratar do dever de indenizar nos casos de invalidação de atos administrativos: primeira, quando o administrado não incorreu em qualquer despesa, o que não lhe geraria evidentemente qualquer direito; segunda, hipótese em que o administrado desenvolveu atividade dispendiosa em decorrência da relação compromissada com a Administração Pública. Neste caso, se o administrado não concorreu para o vício e estava de boa-fé, haveria dano injusto e possivelmente enriquecimento ilícito, passível de indenização (MELLO, 2014, p. 487-488). Ressalta-se que o raciocínio do autor mira a relação contratual entre a Administração Pública, como contratante, e o agente privado, como contratado; situação distinta daquela em que o agente público não exerce papel adicional – ou qualquer tarefa - para justificar a retenção de

valores, ou a dispensa de reposição do indébito, em razão de prejuízos ocorridos; aliás é importante que se diga que o servidor recebeu um vantagem indevida, ilegal; e quem assume o ônus é a própria Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho posiciona-se no sentido de que a invalidação opera efeitos *ex tunc*, alcançando todo o período desde a edição do ato. Implica no desfazimento das relações jurídicas entabuladas ao longo da vigência do ato inválido, cujos sujeitos devem ser restituídos ao *status quo ante*, preservados, no entanto, os direitos de terceiros²¹² se presente a boa-fé (CARVALHO FILHO, 2014, p. 163). Registra a adoção de entendimento mais recente que preservaria, em situações específicas, os efeitos do ato declarado inválido, isto é, a nulidade seria declarada com efeitos *ex nunc*; contudo, ressalta que essas situações devem ser excepcionais, na medida em que os efeitos da invalidação resultem mais gravosos que a subsistência do ato (CARVALHO FILHO, 2013, p. 266).

Com posicionamento diverso, Rafael Cás Maffini defende, como regra, a irretroatividade dos efeitos da invalidação de ato administrativo tanto para terceiros como para destinatários dos atos que estivessem de boa-fé – que deve ser presumida -, tendo em vista a aplicação do princípio da proteção da confiança. A retroatividade só deveria ocorrer no caso de má-fé (MAFFINI, 2005, p. 184-193)²¹³. Esse posicionamento leva em consideração apenas o interesse individual, como se insinuasse que seria coincidente, em todas as situações possíveis, com o coletivo; pensamento que deve ser revisto, em especial no tratamento da questão da dispensa dos pagamentos indevidos.

Odete Medauar sustenta, em interessante trabalho de 1986, que seria difícil encontrar doutrinador nacional ou estrangeiro que defendesse que a invalidade de um ato administrativo não produzisse efeitos retroativos; isso ocorre, assinala a autora, porque o vício atinge o ato desde a sua origem, desde o momento em que entrou no mundo jurídico (MEDAUAR, 1986, p. 122).

²¹²José dos Santos Carvalho Filho exemplifica como terceiros de boa-fé o contribuinte que recebeu a quitação de tributos pagos, mas que foi realizada por servidor fiscal que teve a nomeação invalidada (CARVALHO FILHO, 2014, p. 163).

²¹³ Rafael Cás Maffini afirma que esse posicionamento começa a ganhar respaldo no Poder Judiciário, ainda que timidamente (MAFFINI, 2005, p. 188-189). Cita como exemplos o REsp nº 488.905, ministro relator José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 17/8/2004.

Os atos administrativos que geram pagamentos indevidos são inválidos, nulos, por conterem vícios graves em pelo menos um dos seus 5 (cinco) elementos²¹⁴, o objeto, que é, segundo José dos Santos Carvalho Filho, o conteúdo do ato, o objetivo imediato consistente na vontade exteriorizada pelo agente público (CARVALHO FILHO, 2014, p 110). A ilicitude encontra-se exatamente no reconhecimento de um direito e na atribuição de consequências em termos de retribuição monetária indevida.

Em outro sentido, opera, em desfavor ao exercício do poder-dever de invalidar o ato administrativo, o instituto da decadência, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1998. A referida norma, além de atribuir à Administração Pública o dever de invalidar atos viciados, na linha do Enunciado nº 473 do STF, fixa que a prerrogativa de anulá-los, se deles decorram efeitos favoráveis aos destinatários, decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Ademais, no art. 54, a Lei nº 9.784, de 1999, ao proteger da anulação os atos administrativos que produziram efeitos favoráveis aos destinatários editados após transcorridos mais de 5 anos, tornou o princípio constitucional da segurança jurídica em regra jurídica. Nesse sentido, não há que se fazer ponderação, para resolver o caso concreto, entre os princípios da legalidade e o da segurança jurídica – o legislador já a realizou – e decidiu-se pelo último, ressalvadas as situações em que tenha ocorrido má-fé (COUTO E SILVA, 2004, p. 289-290).

É decadencial, e não prescricional, o prazo de 5 (cinco) anos de que trata o art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, pois o que se extingue pela inação da Administração Pública, se não houver má-fé do interessado, é o direito de pleitear ao Poder Judiciário a anulação do ato administrativo ou de, por si própria, proceder à anulação no exercício do poder de autotutela administrativa. Não faria qualquer sentido dizer que o mencionado prazo se aplicaria apenas ao segundo caso, como defendem alguns autores, pois ilógico e incongruente, na medida que levaria à compreensão de que o legislador teria criado obstáculos ao exercício da autotutela

²¹⁴ São elementos do ato administrativo, além do objeto, sujeito, forma, finalidade e motivo (DI PIETRO, 2014, p. 212-219).

e, ao mesmo tempo, dois direitos à anulação, um pelo Poder Judiciário e outro pela Administração Pública (COUTO E SILVA, 2004, p. 290-292)²¹⁵.

Ao considerar que se trata de regra o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, e não de princípio; entende que não há espaço para a ponderação sobre o direito de declarar a decadência de ato administrativo. Não se deve confundir, entretanto, regra de decadência de anular com o pertinente aos efeitos do ato de declaração de invalidade. Neste caso, é ilustrativo o art. 11²¹⁶ da Lei nº 9.882, de 1999, que autoriza o STF a graduar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei. Portanto, o aplicador do direito, diante do caso concreto, deve declarar ou não a decadência do ato administrativo, mas os efeitos da nulidade dependem da aplicação de outra regra, para se definir se os efeitos serão *ex nunc* ou *ex tunc* (COUTO E SILVA, 2004, p. 293-294).

Pode-se afirmar, em suma, que o ato administrativo que resulte em pagamento indevido é inválido; e as consequências da invalidação, a depender do doutrinador a que se filie, podem ser a retirada dos efeitos jurídicos desde a sua edição (*ex tunc*), o que implica a reposição de todos os valores indevidos recebidos – o restabelecimento do *status quo ante* -, ou da data da invalidação (*ex nunc*), quando não será exigida a restituição, ou outro marco temporal, sempre respeitado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, para que a Administração Pública exercite o poder-dever para atuar, salvo comprovada a má-fé do beneficiário.

É oportuno caracterizar a distinção entre o prazo fixado para a Administração Pública invalidar um ato administrativo, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999 (decadencial), e aquele (prescricional) que dispõe para exercer a pretensão de

²¹⁵ A jurisprudência do STJ é firme na aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos para a Administração Pública invalidar os atos viciados, conforme ementa a seguir: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REVISÃO DA APOSENTADORIA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVER ATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÕES CONTÍNUAS. ART. 54 DA LEI 9.784/1999. 1. O Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento de que a Administração poderia anular seus próprios atos a qualquer tempo, desde que evados de vícios que os tornassem ilegais, nos termos das Súmulas 346 e 473/STF. 2. Todavia, sobreveio a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, em seu art. 54, preconiza 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 (...)". Ag no AgRg no REsp 1580246 / RS; ministro relator Herman Benjamin; Segunda Turma; DJe 18/4/2017.

²¹⁶ Art. 11 da Lei nº 9.882, de 1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

ressarcimento de eventuais prejuízos ocorridos. No caso de pagamentos indevidos, a consequência natural da invalidação do ato viciado é o surgimento da pretensão à reposição dos valores, cujo exercício depende da ação da Administração Pública, judicial ou interna, no sentido de cobrar os valores carreados ilegalmente.

Frise-se o disposto no §2º do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, que autoriza o desconto na folha seguinte dos pagamentos indevidos ocorridos no mês anterior, autorização legal aplicável no caso de especialmente de retificações decorrentes de erros grosseiros, evidentes na folha de pagamento, não demandando, na prática, a adoção de procedimento formal de declaração de nulidade de eventuais atos praticados.

A CF fixou, no art. 37, § 5º, a priori, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de prejuízos causados ao Erário em decorrência de atos ilícitos praticados por agente, servidor ou não. Esse é o entendimento corroborado pelo STF no julgamento do MS nº 26.210-9 – DF²¹⁷, ao afastar a alegação de incidência de prescrição no caso de beneficiário de bolsa de estudo no exterior que não retornou ao País, descumprindo o contrato, o que resultou no dever de devolução dos valores recebidos conforme apurado em Tomada de Contas Especial, decisão tomada muitos anos depois do fato ocorrido²¹⁸.

²¹⁷ Ministro relator Ricardo Lewandowski, Plenário, em 4/9/2008. No mesmo sentido, veja-se ementa no Ag 819.135 AgRg/SP:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DANO AO ERÁRIO. ARTIGO 37, §5º, DA CF. IMPRESCRITIBILIDADE.PRECEDENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA PELO PLENÁRIO E ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO CONCRETO PARA SE IMPOR A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO EM RAZÃO DO DANO CAUSADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUBMISSÃO DA MATÉRIA A REEXAME PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, DETERMINANDO-SE O PROCESSAMENTO DO RECURSO OBSTADO NA ORIGEM. 1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário. Precedentes: MS nº 26210/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 10/10/2008; (...). Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, de 28/5/2013.

²¹⁸ Conforme o ministro relator Edson Fachin, no julgamento do MS 32569 – DF, Primeira Turma, de 13/9/2016, não há que se falar em prescrição ou decadência no tocante à pretensão de ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao Erário, nos termos do art. 37, § 5º da Constituição Federal. Luiz Roberto Barroso, no mesmo julgado, afasta a aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, nos casos de má-fé, citando o RMS nº 31.027 ED/DF, relatado pelo ministro Dias Toffoli, ementa a seguir: “Embargos de declaração em recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão monocrática. Conversão em agravo regimental. Anistia. Portaria Interministerial 134/2011. Violação a direito líquido e certo individual. Não configuração. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. Agravo regimental a que se nega provimento. (...) 2. Também não há que se falar em violação do art. 54 da Lei 9.784/99. A decadência pode ser afastada caso configurada a má-fé do interessado, o que deve ser analisado em procedimento próprio, com o respeito às garantias da ampla defesa e do devido processo legal. (...)”.

O posicionamento do STF, contudo, não está pacificado tanto que, ao apreciar o RE nº 669.069 – MG²¹⁹, em repercussão geral, o Tribunal, ao julgar o alcance do dispositivo, fixou tese no sentido de que “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ato ilícito civil”. No julgamento dos embargos de declaração interpostos em face da deliberação, o ministro Teori Zavascki, relator do processo, delimitou a natureza de tais ilícitos, que seriam similares ao que se analisava, isto é, casos de acidente de trânsito, não contemplando aqueles oriundos de “infrações ao direito público, como os de natureza penal e os decorrentes de atos de improbidade administrativa, entre outros. Nesses casos, a definição de prescritibilidade seria examinada em julgamento próprio, na apreciação de dois temas de repercussão geral: a) a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário (Tema 897)²²⁰; e b) a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão do Tribunal de Contas da União (Tema 899). Ambos os temas continuam pendentes de julgamento.

Por sua vez, o TCU assim como o STJ²²¹ consideram imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário; no entanto, a Corte de Contas fixou, recentemente, no julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, ao adotar o Acórdão nº 1.441/2016-TCU-Plenário²²², que a pretensão punitiva se subordina ao prazo

²¹⁹ Ementa do RE nº 669.069 – MG: “CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (ministro relator Teori Zavascki, DJe de 27/4/2016).

²²⁰ Importante ressaltar, com relação a esse tema de repercussão geral, que o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, já emitiu parecer nos autos com opinião pela imprescritibilidade da ação de ressarcimento em razão de ato de improbidade administrativa.

²²¹ Veja-se ementa de julgado do STJ: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE CUMULADA COM RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Nos termos da jurisprudência existente nesta Corte as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, consoante expressamente disposto no artigo 37, §5º da CF, ainda que as punições atinentes à prática de improbidade estejam prescritas, o que não é o caso dos autos, na medida em que a demanda foi ajuizada dentro dos cinco anos previstos no artigo 23, I, da Lei n. 8.429/92 (o Prefeito deixou o cargo em 31.12.1996 e a ação foi proposta em 12.06.2000)” (RE nº 1.314.597 – SP, ministro relator Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 9/11/2016).

²²² Dispositivos do o Acórdão nº 1.441/2016-TCU-Plenário, ministro redator Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 8/6/2016:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Redator, em:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

prescricional de 10 (dez) anos a contar da ocorrência dos fatos, nos termos do art. 205 do Código Civil.

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento é defendida por importantes doutrinadores, como Waldo Fazzio Júnior (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 478-480), Emerson Garcia (GARCIA, 2013, p. 712-714), Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2013, p. 584) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014, p. 926). Remilson Soares Candeia analisa a jurisprudência adotada pelo STF, STJ e TCU, inclusive o decidido no RE nº 669.069 – MG e no Acórdão nº 1.441/2016-TCU-Plenário, e, com fundamento na segurança jurídica e na estabilidade das relações jurídicas, defende a prescritibilidade tanto da ação de ressarcimento quanto da pretensão punitiva. O autor ressalva, no entanto, as hipóteses que tenham ocorrido dolo ou má-fé com o objetivo de lesar ou causar prejuízo aos cofres públicos, para as quais a ação de ressarcimento seria imprescritível (CANDEIA, 2016, p. 690-696).

Thais Chaves Pedro Ferreira, embora sopesse o entendimento do STF no MS nº 26210/DF, mencionado anteriormente, defende o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública exercite a pretensão de reposição de quantia paga indevidamente em razão de erro de sistema e de decisão judicial revisada ou cassada. A posição é fundamentada no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, dispositivo que delimita a prescrição em relação à dívida passiva e todo e qualquer direito contra a União e os demais entes da federação, isto é, não trata expressamente de dívida ativa, a exemplo de créditos decorrentes de pagamentos indevidos²²³. A autora faz referência a julgados do STJ e TRF 1ª Região para sustentar a sua posição. Entre os quais, cita o REsp nº 714.756/SP²²⁴, 2ª Turma, no

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil (...)."

²²³ Com esse mesmo posicionamento sobre a prescrição, o TCU adotou o Acórdão nº 2.602/2013-Plenário, no qual fixava o dever de restituir os valores recebidos indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos a contar da deliberação adotada pelo Órgão. Essa disposição foi posteriormente tornada sem efeito pelo Acórdão nº 1.111/2017-Plenário. Vejam-se os termos do dispositivo: "(...) 9.2.1.1. promova, administrativamente, em conformidade com o art. 46 da Lei nº 8.112/1990, a cobrança das quantias indevidamente recebidas a maior, atualizadas monetariamente, em relação a todos os pagamentos irregulares apurados nestes autos, considerando a data do presente acórdão para o cômputo do prazo prescricional de cinco anos, para o ressarcimento de todos os valores recebidos a maior (...)"

²²⁴ Ementa do REsp nº 714.756/SP: "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Nos termos da Súmula 211/STJ, inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo

qual o STJ, em razão do princípio da igualdade, aplica a norma referida como parâmetro para cobrança de créditos da Fazenda Pública, não relacionados a tributos (FERREIRA, 2013, p. 20-25).

É possível afirmar, a partir do quadro apresentado, que, até o momento, a imprescritibilidade é o referencial mais adequado para a ação de reparação de prejuízo à Administração Pública (créditos não tributários), independente se se trata de dano gerado por erro, culpa, dolo ou má-fé, uma vez que o legislador não estabeleceu a possibilidade de ponderação desses aspectos para atribuir tratamento distinto. É o posicionamento aplicável até que o STF julgue os mencionados temas de repercussão geral. Esse entendimento, todavia, deve estar em sintonia com o exercício do poder-dever da Administração Pública de anular atos administrativos viciados (autotutela), cujo marco temporal para a incidência da decadência é fixada em 5 anos, prazo este que não se aplica, de forma irrestrita, como, por exemplo, no processo específico de controle externo pertinente aos Tribunais de Contas.

Ressalta-se, por fim, que os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé atuam para mitigar os efeitos da invalidação e, como consequência, o dever de repor os valores recebidos indevidamente; enquanto especialmente os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público, da eficiência e do enriquecimento sem causa atuam em sentido diverso, de que a invalidação produz efeitos *ex tunc*.

3.2. A oposição entre princípios e entre princípios e regras

Ao se analisarem os argumentos utilizados pelo STF, STJ e TCU para fundamentar as deliberações em que avalia a possibilidade de reposição, ou não, de valores pagos indevidamente pelo Erário, logo se verifica a remissão a vários princípios; o que leva a questionamentos se as regras vigentes seriam insuficientes para a tomada de decisão.

Tribunal *a quo*. 2. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil. 3. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 4. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido" (REsp nº 714.756/SP, ministra Relatora Eliana Calmon, DJe de 6/3/2006).

Não é demais repetir que o RJSPC tem dispositivos específicos que preveem a reposição de valores pagos indevidamente, regras previstas nos art. 46²²⁵ e § 2º do art. 185²²⁶. Destaca-se que o STF reconhece, quanto à primeira, ser tema infraconstitucional, por isso não cabível a interposição de RE²²⁷.

Importante ressaltar que o TCU, ao editar o Acórdão nº 820/2007-Plenário²²⁸, no relatório do ministro Guilherme Palmeira, que encaminhou a deliberação, ponderou que o art. 46 da Lei nº 8112, de 1990, não fixou a obrigatoriedade de restituição de todo e qualquer valor pago indevidamente, apenas estabeleceu a forma como deve ser feito o reembolso; senão seria contraditório com o disposto no art. 185, §2º, que instituiu a obrigatoriedade de restituição no caso de dolo e má-fé no recebimento de benefícios do RPPS²²⁹. Além disso, deixou claro que o posicionamento sobre o tema era formado a partir da análise caso a caso, com base na ponderação de princípios, em especial da segurança jurídica e da boa-fé.

Sustentou (o relator do processo) esse posicionamento a partir do entendimento de que se é exigido fraude, dolo ou má-fé para que fique configurada a obrigatoriedade de reposição de pagamentos indevidos realizados a aposentados e pensionistas; então, para os servidores ativos, a inoccorrência desses elementos não implicaria necessariamente o dever de reposição dos valores. Contudo, observa-se que há apenas aparente coerência no raciocínio, isso porque a intenção do legislador poderia ser outra, a saber: dar maior proteção – segurança jurídica - àqueles que já se afastaram do dia a dia da Administração Pública, como é o caso de aposentados.

²²⁵Art. 46 do RJSPC. Dispositivo já mencionado na nota de rodapé número 176.

²²⁶ Art. 185 e § 2º do RJSPC foram citados na nota de rodapé nº 129.

²²⁷Conforme Acórdão do STF no AI-AgRg nº 794759, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 12/5/2011: EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVOLUÇÃO DE VERBAS PAGAS EM DUPLICIDADE. ARTIGOS 5º, II, XXXV, LIV, LV; 37, CAPUT, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. ARTIGO 46 DA LEI Nº 8.112/90. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Os requisitos de admissibilidade consistentes na regularidade formal, na impugnação específica das razões recorridas, no prequestionamento e na ofensa direta à Constituição Federal, quando ausentes, conduzem à inadmissão do recurso interposto. 2. In casu, trata-se de recurso especial decidido à luz da legislação infraconstitucional, *verbis*: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90. INEXISTÊNCIA DE COMANDO CAPAZ DE ALTERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO (...)"

²²⁸Por meio do Acórdão nº 820/2007-Plenário, o TCU revogou a Súmula nº 235 e aprovou a de nº 249. Sessão de 9/5/2007. Relator min. Guilherme Palmeira.

²²⁹Discutia-se, no contexto, a revisão do posicionamento até então adotado pelo TCU sobre a restituição dos pagamentos indevidos, o que acabou ocorrendo com a revogação da Súmula nº 235, substituída pela de nº 249.

Por outro lado, no art. 46 e parágrafos do RJSPC, a norma fixa objetivamente a reposição de pagamentos indevidos, inclusive quando decorrentes de provimento judicial provisório ou definitivo posteriormente cassado ou revisado. As regras são claras – afinal caracterizado o pagamento indevido, segue-se a sua reposição, conforme a norma -, mas as decisões, especialmente judiciais, tendem a flexibilizá-las em prol da aplicação de princípios que favorecem a condição do beneficiário, em detrimento dos cofres públicos.

É oportuna, diante disso, a distinção entre regras e princípios, tomando como norte as conclusões de Robert Alexy e Ronald Dworkin em trabalhos clássicos referenciais para a aplicação e a interpretação das normas jurídicas (FINGER, 2005, p. 72). Importante ressaltar inicialmente que nomes de referência da doutrina constitucional brasileira reconhecem a normatividade dos princípios, a exemplo de Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2004, p. 6), Cármen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 1994, p. 42) e Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, 1998, p. 148).

Robert Alexy afirma que tanto os princípios quanto as regras são normas – de espécies distintas -, e devem ser produzidos observando as “expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Ao lado de outros critérios de distinção, entre os quais a “determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de surgimento; destaca que o mais utilizado é o da generalidade; segundo o qual os princípios teriam o mais alto grau de generalidade, enquanto nas regras a generalidade seria baixa (ALEXY, 2014, p. 87).

Baseando-se nos critérios que apresenta, Robert Alexy desenvolve três teses acerca da distinção entre princípios e regras. A primeira sustenta que a tentativa de diferenciar normas em duas categorias, regras e princípios, é fracassada, tendo em vista a diversidade existente. A segunda incorpora o pensamento daqueles que aceitam as duas categorias, mas salientam que a diferenciação entre elas se dá no grau de generalidade. E a terceira, a qual considera acertada, defende que entre regras e princípios existe distinção não somente de grau de generalidade, mas qualitativa (ALEXY, 2014, p. 90).

Robert Alexy esclarece que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas

existentes”; são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas e jurídicas. Por sua vez, as regras são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas; prescrevem o que exatamente é exigido, nem mais, nem menos, no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Nesse sentido, a distinção entre princípio e regra é qualitativa e não de grau (ALEXY, 2014, p. 90-91).

A colisão entre princípios e o conflito entre regras oferecem os elementos de evidência necessários para a distinção entre as categorias. Anota que, na colisão de princípios opostos, um deles terá de ceder, isto é, não há que se falar em invalidade de um para dar lugar ao outro. De modo diferente, o conflito entre regras é resolvido por meio da inclusão de uma cláusula de exceção, ou uma das regras é declarada inválida (ALEXY, 2014, p. 92-93).

Ronald Dworkin fala em distinção lógica entre princípios e regras, apontando para o caráter das orientações que oferecem. As regras são aplicáveis de maneira excludente, “à maneira do tudo-ou-nada”, ou seja, são aceitas, ou não, na hipótese de ocorrência dos fatos que elas se propõem a regular. Além disso, no caso de conflito entre elas, só uma será considerada válida. A prevalência de uma regra em detrimento da outra dá-se a partir da consideração de que são funcionalmente importantes ou desimportantes e do entendimento de que desempenham um papel maior ou menor na regulação do comportamento. A solução, assim, é dada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras; e o próprio sistema jurídico pode dar o caminho, com regras especiais (DWORKIN, 2002, p. 39-43).

Os princípios, por sua vez, agem em uma dimensão distinta, a de peso ou importância, elemento que deve ser levado em consideração na eventualidade de choque entre eles; e que não terá como consequência a invalidade de um em detrimento do outro. Além disso, mesmo entre os que mais se assemelham a regras, deles não se retiram consequências jurídicas automáticas quando as condições para sua aplicação são dadas (DWORKIN, 2002, p. 39-43).

Luis Roberto Barroso traça o avanço na distinção das duas categorias de normas: princípios e regras, que evoluíram do critério de generalidade para o qualitativo ou estrutural, na linha defendida por Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Conceitua regras como “relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”. Na ocorrência dos fatos enquadráveis à regra, ela se aplica na modalidade tradicional de subsunção. Por sua vez, os princípios, que têm maior grau de abstração, são empregados mediante ponderação diante do caso concreto, aferindo, a partir de concessões recíprocas, o peso que cada um deve ter na solução buscada (BARROSO, 2003, p. 5-6).

Em trabalho crítico ao “neoconstitucionalismo”, Humberto Ávila distingue o papel dos princípios e das regras, sustentando que cada um atua em funções diferentes, daí não se poder falar em primazia de uma norma sobre a outra. Baseado no pressuposto de que a CRFB é essencialmente regulatória; compreende que os princípios constitucionais não têm força para afastar ou modificar a aplicação das regras de mesma hierarquia, isso por que elas cumprem a função de resolver conflitos, em alguma medida conhecidos ou antecipáveis, ou de eliminar ou diminuir aqueles que estejam “associados à coordenação, conhecimento, custo e controle de poder; fundados nas razões definidas pelo Poder Legislativo” (ÁVILA, 2009, p. 6).

Humberto Ávila entende que os princípios constitucionais, de fato, servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes; no entanto, o bloqueio só ocorre para afastar a regra quando “incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada”; quando ela for inconstitucional, irrazoável na solução de um caso concreto extraordinário. Não se pode deixar de lado a norma buscando diretamente a solução no plano constitucional, por não concordar com as consequências dela derivada (ÁVILA, 2009, p. 6). Assinala ainda o autor:

 Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio de eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita (ÁVILA, 2009, p. 6).

Ao tratar da colisão entre princípios, em dissertação de mestrado na qual enfoca a aplicação, em especial, da boa-fé e da legalidade no âmbito do Direito Administrativo, Ana Cláudia Finger assinala a importância desses elementos como critérios integrativo e interpretativo do sistema constitucional, sustentando que não

há que se falar em sistema constitucional sem admitir tal funcionalidade (FINGER, 2005, p. 74).

As deliberações do STF, STJ e TCU, mencionadas no capítulo anterior, veiculam princípios e circunstâncias de fato ou de direito para justificarem a dispensa de reposição dos valores pagos indevidamente; ademais, todos eles partem de um pressuposto comum que é a natureza alimentar das parcelas recebidas.

Conjugam-se, portanto, na defesa da dispensa de restituição de pagamentos indevidos, os argumentos substanciados nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé com o pressuposto de que os valores recebidos têm natureza alimentar, aliados a outros elementos, inclusive pontuais do caso concreto: a) a presunção de legalidade do ato administrativo; b) a não participação dos agentes públicos beneficiários no processo de pagamento indevido; c) a irredutibilidade dos vencimentos; d) a má-fé não provada; e) a saúde precária do beneficiário.

Por sua vez, as deliberações que veiculam o dever de restituir são fundamentadas nos princípios da legalidade, da vedação ao enriquecimento sem causa e, como consequência do primeiro, na possibilidade de a Administração Pública rever os próprios atos nos termos do art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999, e da Sumula nº 473 do STF, discutidos no início deste capítulo. É pertinente ainda agregar nesse foco outros dois princípios, a supremacia do interesse público e a eficiência.

3.2.1 A natureza alimentar das parcelas e a reposição do indébito

Na jurisprudência mencionada até agora, a natureza alimentar das parcelas é tratada como fundamento essencial para a vedação ao dever de restituir o que indevidamente foi recebido²³⁰.

²³⁰O ministro Castro Meira, no relatório, fundamenta a decisão de dispensar a restituição dos pagamentos indevidos no princípio da irrepetibilidade das verbas alimentares, conforme ementa a seguir: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DECISÃO ANTECIPATÓRIA. VERBAS ALIMENTARES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os valores recebidos em virtude de decisão judicial precária devem ser restituídos ao Erário, via de regra. Todavia, nos casos de verbas alimentares, surge tensão entre o princípio que veda o enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). 2. Esse confronto tem sido resolvido, nesta Corte, pela preponderância da irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar, quando recebidas de boa-fé pelo agente público (...)” (AgRg no REsp nº 1.341.308 – PB, julgamento em 18/12/ 2012).

Os alimentos são compreendidos como tudo aquilo que é necessário para a subsistência, e, na linguagem técnico-jurídica, em sentido mais amplo, propõem-se a suprir as necessidades com alimentação, moradia, vestuário, assistência médica e instrução, conceito que está em harmonia com os direitos sociais e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e sobre o qual não há divergência substancial na doutrina e na jurisprudência quanto ao conteúdo expressivo (VENOSA, 2016, p. 395; CERUTTI E CATALAN, 2013, p. 9245).

A CRFB menciona a expressão “débitos de natureza alimentícia”²³¹ no § 1º do art. 100, ao tratar da ordem cronológica do pagamento de precatórios. Na passagem, esclarece o significado dos termos ao dizer que compreendem “salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários, indenização por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

Ao se atribuir natureza alimentar às parcelas recebidas indevidamente, quer-se dizer que tais valores não estão sujeitos à repetição, uma das características básicas dos alimentos no âmbito do Direito Civil. Maria Helena Diniz afirma que o gasto para atender obrigação alimentar é insuscetível de reembolso, mesmo diante da extinção da necessidade de alimentos (DINIZ, 2004, p. 515). Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa sustenta que “O pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo-os ou reduzindo seu montante”, ressalvadas as situações patológicas, como no caso de erro quanto à pessoa (VENOSA, 2016, 405).

Eliza Cerutti e Marcos Catalan anotam que o caráter existencial dos alimentos – historicamente fundados em obrigação de ordem moral -, para aqueles que deles dependem, parece inviabilizar a repetibilidade da verba, ainda que superada a causa que deu origem à relação creditícia. Sobrepõe-se o viés existencial, imaterial, à perspectiva de ordem patrimonial, o que implica dizer a impossibilidade de repetição dos valores sob o argumento de pagamento indevido, que caracteriza o pensamento dos defensores da repetição (CERUTTI E CATALAN, 2013, p. 9227 e 9233).

²³¹Constituição Federal de 1988, art. 100 (...) “§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo”.

Mencionam o posicionamento de diversos autores que defendem a repetição dos alimentos, qualificando os argumentos de se aterem a premissas pontuais, ligadas ao instituto do pagamento indevido, que se presta a dar solução a problemas de índole patrimonial (CERUTTI E CATALAN, 2013, p. 9240-9241):

(...) Carlos Roberto Gonçalves reconhece que embora os alimentos destinem-se ao consumo daquele que deles necessita, será possível postular a repetição dos valores pagos se houver dolo em sua obtenção e na hipótese de erro no pagamento. Idêntica é a opinião de Arnaldo Marmitt. Fernanda Tartuce se insurge contra as situações em que há dolo do devedor. No mesmo viés Silvio Venosa defende a mitigação da ideia da irrepetibilidade da verba alimentar quando houver erro quanto à pessoa do credor ou na hipótese de desconto equivocado, por excessivo, em folha de pagamento. Belmiro Pedro Welter, por sua vez, focando sua argumentação na demora do processo e na incorreção de decisões interlocutórias ou sentenças com recursos pendentes sustenta que a dogmatização da ideia de irrepetibilidade chega a fomentar uma indústria. Segundo o autor, em certos casos, após ampla prova e aferindo-se que ao devedor se impôs o pagamento de valores indevidos, ainda assim “a propriedade lhe é confiscada sob o manto da legalidade”. Rolf Madaleno, aliás, argumenta ainda que nos pleitos exoneratórios, restando provado o desaparecimento da necessidade do credor, esse deverá reembolsar o que recebeu.

Eliza Cerutti e Marcos Catalan questionam, no entanto, suposta injustiça na manutenção de pagamentos de alimentos por quem não teria o dever de realizá-los. Daí analisam a irrepetibilidade dos alimentos em face do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, afastando a aplicação das regras atinentes aos pagamentos indevidos, que seriam impróprias para delinear direitos com esse caráter existencial. Concluem pela possibilidade de repetição apenas nos casos de devedor aparente – alguém que paga no lugar de outro – ou em situação de erro de terceiro que faz o pagamento pelo verdadeiro devedor; mas os valores nunca deverão ser buscados junto ao alimentando (CERUTTI E CATALAN, 2013, p. 9249).

O posicionamento de Eliza Cerutti e Marcos Catalan é refletido, em ampla medida, no julgamento do AgRg no REsp nº 1.341.308 – PB²³², de 18/12/2012. No caso, o STJ negou provimento ao recurso por meio do qual se buscava a restituição de valores pagos em razão de decisão judicial precária, fundamentando o acórdão na prevalência da irrepetibilidade, dada a natureza alimentar das parcelas, aliada à

²³²Veja-se, a seguir, ementa do AgRg no REsp nº 1.341.308 – PB, relatoria do ministro Castro Meira, julgado em 18/12/2012:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DECISÃO ANTECIPATÓRIA. VERBAS ALIMENTARES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os valores recebidos em virtude de decisão judicial precária devem ser restituídos ao erário, via de regra. Todavia, nos casos de verbas alimentares, surge tensão entre o princípio que veda o enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). 2. Esse confronto tem sido resolvido, nesta Corte, pela preponderância da irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar, quando recebidas de boa-fé pelo agente público. (...)”

boa-fé dos beneficiários dos valores, e diante do conflito com o princípio do enriquecimento ilícito.

Contudo, ressalta-se que a caracterização dos pagamentos indevidos como de natureza alimentar e, portanto, não sujeitos à repetibilidade, encontra obstáculo no princípio da legalidade; quer-se dizer que só podem ser consideradas verbas de natureza alimentar os valores pagos em conformidade com a lei. Esse foi o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e mencionado pelo ministro Cesar Peluso ao julgar o AI nº 501.758 – DF²³³ ²³⁴.

Dois aspectos ressaltam a correção da mencionada deliberação do TJDFT. O primeiro diz respeito à condição do beneficiário, do qual se estará retirando – ao se afastar a irrepetibilidade – apenas a parcela acometida de ilegalidade que foi recebida ao longo dos anos, isso para assinalar o aspecto de que a Administração Pública só pode agir na conformidade da lei. O que é devido legalmente, a remuneração ou o benefício previdenciário, será mantido, após os descontos necessários realizados de acordo com as regras existentes. Isso torna a situação de recebimento indevido no âmbito da relação com a Administração Pública um tanto distinta daquela de quem é o credor alimentício típico no direito privado.

O outro aspecto trata da perspectiva de quem deve arcar com o ônus da irrepetibilidade; se, no direito civil, é quem faz as escolhas e assume as consequências, não havendo que se falar, a priori, em vícios, além de os ônus serem facilmente atribuíveis aos seus causadores; no Direito Administrativo, é toda a sociedade, sem distinção, que deve arcar com as consequências de um ato ilegal, suprimindo questionável interesse individual.

²³³ Veja-se, a seguir, ementa de julgado do TJDFT mencionada pelo ministro Cesar Peluso ao julgar o AI nº 501.758: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. REVISÃO. IRREGULARIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. BOA-FÉ. INDIFERENÇA. 1. Diante do erro, correto o desconto na folha de pagamento, e aqui desinfluyente estar de boa-fé ou não a apelante, pois, tratando-se de verba pública, a repetição se impõe e na forma definida pelo artigo 46 da Lei 8.112/90. 2. Não há o que se falar em irrepetibilidade por tratar-se de verba alimentar, pois, na espécie, a apelante tem direito de se alimentar com seus proventos calculados de acordo com a lei, e não pelo que foi pago a maior, o que caracteriza, na verdade, simplesmente, antecipação de verba, que deve ser descontada nos pagamentos futuros”. (TJDFT, 20040070011782, citado pelo STF no AI 501758, Min. Cezar Peluso, DJU 25/42005).

²³⁴ Emanuel Ruck Vieira Leal cita o AI nº 501.758 para justificar o seu posicionamento ao discorrer sobre o tema da restituição e defender a reposição dos pagamentos indevidos (LEAL, 2013, p. 85).

3.2.2. Os princípios como fundamento da (dispensa de) reposição dos pagamentos indevidos

Na CRFB, o sistema jurídico administrativo brasileiro foi estabelecido a partir da fixação de princípios, subprincípios e regras, “consideradas constitucionalmente necessárias para a garantia de sua unidade e harmonia e do perfeito cumprimento de seus fins” (ROCHA, 1994, p. 66). Juarez Freitas apresenta – o que ele denomina – proposta de tábua dos fundamentais princípios que regem a relações administrativas, entre os quais se incluem: interesse público, proporcionalidade, legalidade, moralidade, publicidade, confiança ou boa-fé, segurança jurídica, eficiência ou economicidade (FREITAS, 2005, p. 32-33).

Ana Cláudia Finger cita Celso Antônio Bandeira de Mello, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Juarez Freitas, para sustentar a constitucionalização da Administração Pública, do seu agir, seguindo princípios formadores, informadores e conformadores. A dignidade da pessoa humana e o extenso catálogo de direitos fundamentais, que a CRFB veicula, coloca-a na proteção dos cidadãos contra os abusos tanto estatais quanto privados; além de induzir comportamentos no âmbito administrativo. Daí falar em um sistema administrativo fundado em princípios constitucionais expressos - legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência; e implícitos, tais como: proporcionalidade, razoabilidade, boa-fé segurança das relações jurídicas, motivação (FINGER, 2016, p. 19-20).

Em outro sentido, o poder-dever da Administração Pública de invalidar atos administrativos ilegais – e, no contexto da pesquisa, a definição se o administrado deve ou não restituir o valor pago com base em ato inválido – coloca foco, a priori, na colisão entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Se o primeiro exige conformação dos atos à lei, o que pode implicar a necessidade de revisão de decisões tomadas e de suas consequências; o segundo propõe afastar a instabilidade natural decorrente das práticas administrativas e seu contínuo aprimoramento, excluindo-a a partir do decurso de certo tempo, como efeito dos fatos jurídicos prescrição e decadência (CARVALHO FILHO, 2014, p. 38-39).

O princípio da segurança jurídica tem a função precípua de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança (FINGER, 2005, p. 42). De outro modo, diante do fato de que os membros da sociedade demandam segurança para conduzir suas vidas, suas ações, seus planos, tais

princípios constituem-se em verdadeiros elementos do Estado de Direito (CANOTILHO, 2000, p. 256 *apud* BACELLAR FILHO, 2010, p. 5).

A Administração Pública deve pautar-se pela previsibilidade de suas ações, sem surpresas, nem ciladas, rompantes ou açodamentos. Isso é possível com a observância dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, prestigiando-se a “irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a previsão de regras de transição, a coisa julgada, a preclusão, a decadência, a usucapião, o direito adquirido e a vedação da aplicação retroativa de nova interpretação” (BACELLAR FILHO, 2010, p. 5).

Afirma ainda Romeu Felipe Bacellar Filho que não é raro os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé serem tratados como institutos análogos. Menciona Jesús Gonzáles Peres, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Ana Cláudia Finger, para realçar que não existe uma clara distinção entre os princípios da proteção da confiança e da boa-fé, embora, às vezes, se considere este uma implicação daquele; além disso que há relação entre segurança jurídica e a ideia de boa-fé (BACELLAR FILHO, 2010, p. 6-7), decorrente claro da ideia de que proteção da confiança é face subjetiva daquele princípio.

I - Princípio da legalidade no contexto da (dispensa de) reposição de pagamento indevido

No direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade está previsto nos arts. 5º, inciso II, 37, caput, e 84, inciso IV da CRFB e é de observância estrita e rigorosa pela Administração Pública. No art. 5º, inciso II, fixou-se que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, deixando claro que a Administração deve se fundamentar na lei para impor ou proibir comportamento aos administrados, isto é, é insuficiente regulamento, instrução normativa, etc. (MELLO, 2014, p. 105).

Além disso, norteador toda a atuação do Poder Público, a legalidade, ao lado de outros princípios, está prevista no art. 37 da CRFB: “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 (...)”. Por fim, no art. 84, inciso IV, estabeleceu-se que decretos e regulamentos só serão expedidos pelo Presidente da República

para fiel execução de lei: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

O princípio da legalidade impõe à Administração Pública agir somente nos termos permitidos na lei (DI PIETRO, 2014, p. 65). Como princípio basilar do regime jurídico-administrativo; é consequência do Estado de Direito, fruto da submissão do Estado à lei²³⁵. Consagra a ideia de que a atividade administrativa é sublegal, infralegal, de complemento à própria lei (MELLO, 2014, p.103)²³⁶. É importante ressaltar que surgiu em momento de combate às práticas do absolutismo, “trazendo em seu âmago o desejo de garantia, certeza jurídica e o controle do poder do soberano” (MOTTA, 2010, p. 203).

O sentido político do princípio da legalidade é obstaculizar o uso do poder estatal para promover favoritismos, desmandos e perseguições, na medida em que a atuação do Poder Executivo – mas não apenas dele - fica pautada no conjunto normativo aplicável a toda sociedade, representando a vontade geral, e produzida de forma impessoal pelo Poder Legislativo (MELLO, 2014, p.103).

O princípio da legalidade passou por importante evolução acompanhando o direito brasileiro. Na Constituição de 1891, contextualizado no Estado Liberal de Direito, o sentido era estrito, e significava que a Administração só podia fazer o que a lei não proíbe (princípio da vinculação negativa). Na Carta de 1934, e o momento era de Estado Social de Direito, ampliou-se para significar que a Administração só podia fazer o que a lei permite, contemplando atos normativos editados pelo Poder Executivo (princípio da vinculação positiva). Na Constituição Federal de 1988, por sua vez, motivado pelo Estado Democrático de Direito, o princípio ganha contornos amplos associados à participação do cidadão na gestão da Administração Pública (DI PIETRO, 2014, p. 29).

Rafael da Cás Maffini, ao estabelecer relação entre os princípios da legalidade²³⁷ e da segurança jurídica, afirma que aquele funciona “ora como regra,

²³⁵Um dos elementos caracterizadores do Estado de Direito é a observância do princípio da legalidade para conduzir as atividades administrativas estatais. Na origem, o princípio relaciona-se com a ideia de separação dos poderes e oposição às práticas absolutistas (MEDAUAR, 141, 2014).

²³⁶Celso Antonio Bandeira de Mello remete a última afirmação a Renato Alessi.

²³⁷Rafael da Cás Maffini remete à relevância da legalidade administrativa, que extrapola o direito administrativo e alcança o direito constitucional, a partir da menção a Luís Sérgio Cabral Moncada.

ora como princípio, ora como postulado”, embora seja considerado efetivamente norma da espécie “princípio” (MAFFINI, 2005, p. 61).

Na primeira acepção, a legalidade administrativa direcionaria o comportamento do Poder Público no sentido de que o agir seria proibido no caso de ausência de lei que estabeleça a forma de atuação. Como princípio, funcionaria na promoção do controle, regulando as condutas dos órgãos de mando, como um verdadeiro fato sociológico. Nessa perspectiva, em um contexto de garantias e direitos fundamentais, o foco é na previsibilidade dos meios de atuação estatal. Por último, funcionando como postulado, ganha relevo o significado de “primazia da lei”, ligado à “estrita legalidade”, que se ampliou de forma a submeter a atuação da Administração não somente à lei, mas também ao direito (MAFFINI, 2005, p. 61-62).

A ampliação do conceito de legalidade realça que a atuação da Administração Pública se norteia não apenas fundamentada na lei, mas por regras, princípios e postulados de Direito Administrativo²³⁸. A invalidade de um ato ou de uma conduta, na concretização da atuação do Estado, está relacionada à sua desconformidade com a lei e o direito – normas abstratas - que lhe servem de horizonte diretivo. É com esse sentido que Rafael da Cás Maffini define a aplicação do postulado da legalidade, que opera se relacionando com as outras duas acepções, de regra e de princípio (MAFFINI, 2005, p. 64).

Essa legalidade mais ampla, ou juridicidade, “impõe uma necessária interação entre, de um lado, a legalidade, considerada na perspectiva estrita e formal e, de outro, todos os demais princípios norteadores do direito administrativo”²³⁹.

Carmem Lúcia Antunes Rocha menciona a distinção entre princípio da legalidade (direito fundamental do art. 5º, inciso II) e o princípio da legalidade administrativa ou da juridicidade, previsto no art. 37 da CRFB. No primeiro caso, o titular é o indivíduo e constitui-se em direito fundamentado na liberdade; no segundo, impõe-se ao Administrador, e o titular é o cidadão (ROCHA, 1994, p. 81).

²³⁸Rafael da Cás Maffini menciona o conceito de “heteronomia imperfeita”, formulado por José Carlos Vieira de Andrade, que significa que “cada acto administrativo está em parte determinado por normas abstractas que tem de respeitar e de executar, em parte correspondente a momentos autónomos de ‘concretização’, de ‘desenvolvimento’ ou de ‘criação’ de órgão administrativo”.

²³⁹É na perspectiva do princípio da legalidade, como juridicidade na Administração, que se permite o confronto com os princípios do direito administrativo e, no caso em especial, com o princípio da proteção da confiança (MAFFINI, 2005, p. 64).

O princípio da legalidade administrativa ou da juridicidade substancia-se na ausência de liberdade da Administração e da pessoa que a conduz na gestão do bem público. O seu espaço de atuação é o direito, que é “o seu berço e o seu túmulo, o seu começo e o seu fim”. O “seu conteúdo é marcado pela adequação perfeita entre o quanto posto no Direito e o quanto realizado pela entidade competente na sequência daquela disposição” (ROCHA, 1994, p. 82-83).

Celso Antônio Bandeira de Mello critica o emprego de doutrina estrangeira, especialmente europeia, para moldar, segundo aqueles ensinamentos, a aplicação do princípio da legalidade no Direito Administrativo brasileiro²⁴⁰. Aqui “a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”, salvo se se tratem de situações contingenciais, anômalas, excepcionais, eventos gravíssimos, em que a própria Constituição Federal autoriza expressamente (MELLO, 2014, p. 108).

É importante ressaltar que o princípio da legalidade tem diferentes amplitudes, maior ou menor rigidez, maior ou menor discricionariedade; o que impossibilita dizer que todos os atos, decisões, medidas terão os seus conteúdos definidos previamente na norma em vigor, aliás essa tarefa seria impossível. Daí a distinção entre legalidade e reserva de lei; na primeira, a norma é mais genérica e, por sua vez, o gestor conta com maior discricionariedade para a tomada de decisão; na segunda, por sua vez, por ser mais detalhada, o administrador público conta com pouca margem de formação do mérito decisório, sendo denominada, assim, legalidade estrita (DI PIETRO, 2001, p. 59).

A estrita legalidade, afirma Heletícia Leão de Oliveira, exige novos contornos, menos inflexíveis, para apreciação dos casos concretos - que são inúmeros e diversos uns dos outros, e que nem sempre se amoldam à norma - a fim de garantir a concretização da justiça material, em detrimento da formal; o que pode significar a preservação de atos e decisões atribuindo-se maior importância à segurança jurídica e à boa-fé (OLIVEIRA, 2013, p. 12).

Questão importante é saber se a natureza da ilegalidade traduzida na ocorrência do pagamento indevido demandaria tratamento especial para se considerar outros aspectos, em especial a boa-fé e a proteção da confiança, de

²⁴⁰Maria Sylvia Zanella Di Pietro concorda com o autor, ao afirmar que o princípio da legalidade deve ser aplicado conforme o seu direito interno, por isso deve-se atentar para a utilização de doutrina estrangeira na interpretação do referido princípio (DI PIETRO, 2001, p. 60).

modo a afastar uma consequência natural, qual seja: a reposição dos valores. Diante da flagrante ilegalidade que resultou no indébito, pode a Administração Pública, atribuindo significado mais amplo ao princípio da legalidade, o de juridicidade, ponderar apenas os aspectos de boa-fé, da proteção da confiança; sem que outros princípios, igualmente constitucionais – explícitos inclusive -, sejam considerados?

Considerando o teor do princípio da legalidade e as demais normas em vigor, especialmente as constantes do RJSPC, que preveem a reposição de pagamentos indevidos; impõe-se um outro questionamento: estariam sendo manejadas adequadamente essas normas quanto ao tratamento da reposição do indébito nos diversos âmbitos decisórios a que está submetido, desde a Administração até o Poder Judiciário? Compreende-se que não, quer a partir do que já se apresentou acima, quer diante do que se apresenta na sequência.

II - Princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança legítima na conformação da (dispensa de) reposição do pagamento indevido

A dispensa de reposição dos pagamentos indevidos é, em geral, fundamentada na aplicação do princípio da boa-fé, associado aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Tais princípios encontram-se na mesma “constelação de valores” e, por algum momento, foram considerados expressões sinônimas, mas se particularizaram, ganharam nuances próprios, afastando-se completamente uns dos outros (COUTO E SILVA, 2004, p. 271)²⁴².

Uma das ideias a que o princípio da boa-fé²⁴³ está atrelado é a de lealdade, lisura, compromisso com a palavra empenhada, conteúdo abrangido no significado de segurança jurídica, o qual norteia o vínculo Estado e os administrados no sentido de garantir a previsibilidade da ação estatal, assim como o respeito às situações constituídas em conformidade com as normas estabelecidas pelo próprio Poder Público (COUTO E SILVA, 2004, p. 273).

²⁴²Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora com a ideia de que há grande aproximação entre esses princípios (boa-fé, segurança jurídica e boa-fé) (DI PIETRO, 2014, p. 85).

²⁴³O conceito de boa-fé, no sentido objetivo, se aproxima ao de princípio da proteção da confiança. O princípio da boa-fé norteia comportamentos reciprocamente leais, entre Administração e administrado, isto é, em relações bilaterais; por sua vez, a proteção da confiança tem feição mais ampla, ligada à segurança jurídica e ao Estado de direito, com foco na “estabilidade, previsibilidade e calculabilidade” dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais” (MAFFINI, 2005, p. 53-55).

Rafael da Cás Maffini deduz que o princípio da segurança jurídica - que tem o papel de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito com o princípio da confiança -:

decorre de uma confluência qualificada de noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, de confiança, o que necessariamente se dá em face da conjugação de várias normas jurídicas, dentre os quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança, dentre outras tantas (regras, princípios e postulados) que dão conformação ao sobreprincípio da segurança jurídica, sendo, todavia, mais do que a simples conjugação de tais subprincípios para alcançar uma noção de instrumento de justiça social (MAFFINI, 2005, p. 41).

Humberto Ávila desenvolve o tema apontando duas dimensões da segurança jurídica. A estática diz respeito ao conhecimento, ao saber, à comunicação do Direito, às suas qualidades, no sentido de ser considerado seguro, compreensível para o cidadão, nele (o próprio Direito) podendo se orientar, confiar. Trata-se da segurança do Direito e não pelo Direito. Por sua vez, a dimensão dinâmica envolve o “problema da ação do tempo”, ao prescrever nortes que deverão ser observados para que o direito do cidadão seja protegido. Está associado à ideia de direito confiável, por meio da qual, de antemão, se sabe quais mudanças podem ou não ser realizadas, isto é, se apresenta como forma de estabilidade dos atos praticados no passado. Liga-se ainda à ideia de calculável, com a perspectiva de não surpresa, de “presentificação” do futuro, de “calculabilidade dos efeitos jurídicos futuros de atos praticados no presente” (ÁVILA, 2012, p. 295-299).

Sylvia Calmes, a seu turno, traz uma sistematização tripartite do princípio da segurança jurídica, nos seguintes termos (CALMES, 2001, p. 158-159 *apud* MAFFINI, 2005, p. 43-46):

a) noção de “previsibilidade” ou possibilidade de “cálculo prévio” das medidas ou comportamentos do Poder Público no exercício das funções precípuas (legislação, jurisdição e administração pública): nessa faceta, a segurança jurídica permite aos destinatários das ações estatais conhecer os seus conteúdos antes da concretização de qualquer medida (faceta *ex ante*), assumindo a feição de legalidade, na dimensão de reserva legal, ao impedir a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos; a necessidade de regras de transição; anterioridade de previsão de algumas matérias e a proteção da

confiança legítima. É nominada por Humberto Ávila de “dimensão formal-temporal da segurança jurídica”.

b) noção de “acessibilidade” relacionada mais com o conhecimento das ações estatais – “conhecer” – do que com a previsibilidade propriamente dita: ligada, no âmbito do Direito Administrativo, à noção de transparência sob dois enfoques: b.1) formal: vinculada à ideia de “publicidade efetiva, adequada e suficiente”; b.2) material: diz respeito à necessidade de motivação, coerência, clareza e precisão tanto em relação às ações quanto às razões fundamentadoras das decisões.

c) noção de previsibilidade *ex post* ou de estabilidade, continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas sem significar a pretensão de petrificação da ordem jurídica. Nesse sentido, a segurança jurídica conforma e é conformada por institutos como coisa julgada, regras de preclusão, decadência, direito adquirido e proteção à confiança.

A segurança jurídica é dividida em duas acepções²⁴⁴, que Humberto Ávila situa na dimensão dinâmica (ÁVILA, 2012, p. 349 e 366); uma objetiva, designada de princípio da segurança jurídica, que envolve a limitação à retroatividade dos atos estatais, incluídos os atos legislativos, com a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; e uma subjetiva, nominada de princípio da proteção da confiança²⁴⁵, pertinente à confiança nos atos, procedimentos e condutas do Poder Público²⁴⁶ (COUTO E SILVA, 2004, p. 274).

De modo similar, Humberto Ávila qualifica, na dimensão objetiva, a estabilidade do ordenamento jurídico, a intangibilidade de situações individuais e a consolidação jurídica de situações, com o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, a

²⁴⁴Rafael da Cás Maffini propõe que o princípio da segurança jurídica, no sentido lato sensu, como resultado das dimensões previsibilidade, acessibilidade e estabilidade, seja compreendido sob dois enfoques: um, no sentido objetivo, que seria a segurança jurídica stricto sensu, e teria campo de incidência na ordem jurídica; dois, no sentido subjetivo, nominada de proteção da confiança depositada legitimamente nos atos e ações realizados pelo Estado e que deveriam ser protegidos de modificação (MAFFINI, 2005, p. 48-49).

²⁴⁵No direito comunitário europeu, influenciado pelo direito alemão, prevalece esse mesmo raciocínio. Aliás, o princípio da proteção à confiança, que tem origem em construção jurisprudencial, está ligado à “(...) preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé” (COUTO E SILVA, 2004, p. 275).

²⁴⁶Rafael da Cás Maffini afirma que o princípio da proteção da confiança tem origem, imediata, no princípio da segurança jurídica e, mediata, no princípio do Estado de Direito, com a finalidade voltada à preservação dos atos estatais (MAFFINI, 2005, p. 48-49).

coisa julgada e o fato gerador ocorrido. A dimensão subjetiva corresponde ao princípio da proteção da confiança, distinguindo-se da segurança jurídica, na medida em que ambas atuam em vértices distintos: o primeiro no âmbito microjurídico, o outro, no macrojurídico; um protege a pessoa específica, o outro, é norma objetiva, não vinculado a sujeito; um atua no plano concreto, outro no abstrato; um protege interesses individuais, outro é neutro. Complementa o autor que o princípio da segurança jurídica é representativo da “norma objetiva, abstrata e protetiva de interesses coletivos”, face geral da proteção do interesse de todos, levando à confiança no ordenamento jurídico; o princípio da proteção da confiança concretiza a “aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada daquele princípio”. É a proteção do interesse de um ou de alguns, apesar do interesse de todos (ÁVILA, 2004, p. 349-369).

Por meio do princípio da confiança, são impostas ao Estado limitações para alterar ou modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, ainda que ilegais; além disso, dão-se consequências patrimoniais em razão dos atos praticados pelo Estado, tendo em vista a crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade de que se tratavam de atos legítimos (COUTO E SILVA, 2004, p. 275). Humberto Ávila enumera os pressupostos para a configuração do referido princípio, quais sejam: “uma base de confiança”, “confiança nessa base”, “exercício da referida base” e a frustração posterior decorrente de ato do Poder Público (ÁVILA, 2012, p. 366).

Acresce-se que a previsão constitucional no direito brasileiro de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, no que se distingue de outras tradições jurídicas, dispensou a menção à segurança jurídica no seu aspecto objetivo (COUTO E SILVA, 2004, p. 277).

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, importante assinalar, são elementos conservadores da ordem jurídica na medida em que protegem o *status quo*, inviabilizando mudanças legislativas com reflexo imediato sobre a vida dos administrados, mesmo em situação de ilegalidades, e, assim, geram tensão em relação ao anseio de mudanças naturais em uma sociedade em constante transformação (COUTO E SILVA, 2004, p. 276).

O objeto da dissertação envolve a invalidade de ato administrativo e a possibilidade de dar efeitos retroativos à decisão, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; nesse sentido, limita-se o foco no princípio da segurança jurídica no seu viés subjetivo (princípio da proteção da confiança) que se propõe a proteger também, segundo Humberto Ávila, não só os atos válidos (na forma da mencionada proteção constitucional), mas também aqueles concluídos ou iniciados e que se revestiam de aparente legalidade, ou nem isso, e que a anulação com efeitos *ex tunc* “causaria frustração da expectativa individual sobre eles lançada” (ÁVILA, 2012, p. 367).

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.784, de 1999, fixou a observância do princípio da segurança jurídica, ao estabelecê-lo expressamente no caput do art. 2º da norma; bem como ao determinar que, nos processos administrativos, se deve agir conforme “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”; ao vedar a aplicação de nova interpretação jurídica a fatos pretéritos; e ainda ao prescrever que a Administração tem 5 (cinco) anos para anular os atos administrativos que decorram efeitos favoráveis a terceiros, salvo comprovada má-fé²⁴⁷ (COUTO E SILVA, 2004, p. 281-282).

A inclusão do princípio da segurança jurídica na Lei nº 9.784, de 1999, teve como objetivo vedar a aplicação retroativa de nova interpretação pela Administração Pública, prática que, de acordo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, foi (seria) comum afetando situações já consolidadas e com o efeito perverso de gerar insegurança ao administrado (DI PIETRO, 2014, p. 85-86).

O princípio não tem por objetivo amarrar a evolução das práticas administrativas; a pretensão foi impedir, para os administrados de boa-fé, que atos

²⁴⁷Art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº9.784, de 1999: “Art. 2º 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:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

(...)

Art. 54. 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.

sejam anulados - embora praticados com base em interpretação uniforme para toda a Administração Pública - sob o pretexto de que estavam fundamentados em errônea interpretação da lei, vedando, portanto, efeitos retroativos. A observância do mencionado princípio está em consonância com o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (DI PIETRO, 2014, p. 85-86).

Anota Almiro do Couto e Silva que a segurança jurídica²⁴⁸, ao lado da legalidade, são subprincípios do princípio maior do Estado de Direito, posição que a jurisprudência do STF começava, naquela oportunidade, a reconhecer e, com isso, passaria a instrumento suficiente para contrapor o intuito da Administração de anular atos administrativos (COUTO E SILVA, 2004, p. 282).

Antes disso, a manutenção de atos inválidos dava-se sob o argumento da consolidação da situação de fato, muitas vezes albergada em decisões judiciais provisórias posteriormente alteradas. Ou ainda, no caso de concessão de vantagens indevidas a servidores e magistrados, tinham por base o argumento da irreduzibilidade dos vencimentos, posicionamento com o qual não se podia concordar, tendo em vista que a aplicação do referido princípio deveria ficar restrita às situações de pagamentos legais, legítimos, e não irregulares, indevidos (COUTO E SILVA, 2004, p. 288-289).

A principal função do princípio da proteção da confiança consiste na imposição de obrigação de não-fazer à Administração Pública, o que implica na preservação de atos, condutas, promessas, interpretações e efeitos decorrentes da ação estatal (MAFFINI, 2004, p. 127). Não é possível que na Administração Pública prevaleça, em termos absolutos, a ideia de que, no caso de ilegalidade, um ato administrativo deverá ser invalidado, bem como seus efeitos desconstituídos. Mesmo a autotutela administrativa merece temperamento e o dever de anular deve ser relativizado, na linha do que defende Almiro do Couto e Silva, acompanhado por M. Seabra Fagundes, José Frederico Marques e José Nery da Silveira (MAFFINI, 2004, p. 129).

A ilegalidade de um ato administrativo em um contexto de outros atos praticados sempre ofenderá o interesse público, porém, se considerado

²⁴⁸Apesar de não estar exposto, não há dúvida de que o princípio da proteção da confiança tem assento constitucional, por ser um dos elementos conformadores do Estado de Direito (MAFFINI, 2004, p. 73).

individualmente, pode ser que cumpra, de outro modo, uma função que reforça o mesmo interesse público (FAGUNDES, 1979, p. 47 **apud** MAFFINI, 2004, p. 130).

Humberto Ávila entende que a demonstração de ocorrência do princípio da proteção da confiança, com a violação concreta da CF por uma lei ou por ato administrativo, só pode se dar em ações ordinárias ou no controle difuso de constitucionalidade. Sustenta que a menção à segurança jurídica no art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de dezembro de 1999, permitindo ao STF modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade realizado no controle concentrado, diz respeito à dimensão objetiva do princípio. Não quer dizer, assinala o autor, que não se possa averiguar a confiança no controle concentrado, entretanto, ela será apreciada de forma presumida. Assim, “no entanto, não se deve provar que a mudança afeta injustificadamente o exercício concreto da liberdade de alguém, mas que ela injustificadamente restringe o direito abstrato de todos à liberdade”, isto é, o que se avalia é a dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 367).

Os princípios da proteção da confiança e o da segurança jurídica estão na origem do Estado de Direito, porém não é toda confiança que merece a proteção circunstanciada na eficácia negativa daquele decorrente. Não é todo ato ilícito que merece ser preservado, aliás referido princípio deve ser aplicado de forma apenas excepcional, uma vez que resultará na flexibilização da atuação da lei e dos demais princípios norteadores do Direito Administrativo. Nesse sentido, inadmitir a possibilidade de invalidação de qualquer ato administrativo daria feição de regra geral ao princípio da proteção da confiança; teria, nesse sentido, interpretação ampliativa; o caminho a ser buscado, portanto, não é esse, mas aquele que traga equilíbrio na operacionalização da autotutela administrativa em face do princípio da proteção da confiança (MAFFINI, 2004, p. 130).

Rafael da Cás Maffini sustenta que a proteção da confiança está intimamente articulada com a existência de um prazo decadencial para que a Administração Pública possa exercer o seu poder-dever de invalidar atos viciados; tal fato ocorre na medida da convivência harmônica, de um lado, do instituto da decadência administrativa e, de outro, da limitação da eficácia retroativa da anulação. Nesse sentido, propõe que os efeitos da invalidação de ato administrativo sejam, como regra, *ex nunc* tanto para terceiros como para beneficiários, não causadores do

vício, que estivessem de boa-fé – que deve ser presumida -; a invalidação com efeitos retroativos só se aplicaria no caso de má-fé (MAFFINI, 2004, p. 184-193).

O princípio da segurança jurídica, no viés da proteção da confiança, que aqui interessa, tem importância central na vedação à interpretação retroativa dos atos administrativos. Contudo, admitir que ele seja obstáculo aos efeitos retroativos da invalidação de um ato administrativo viciado que resultou em pagamento indevido, nulidade essa realizada observando os parâmetros normativos, é negar a ponderação com outros princípios de igual importância, bem como a aplicação das regras existentes; tudo isso sobrevaloriza o interesse individual em detrimento do coletivo e abre caminho para apropriação do interesse público pelo privado.

II.1 - O sentido da boa-fé e a dispensa de restituição de valores

Conceito originário do direito privado, no qual está consagrado, embora a ele não se restrinja, a boa-fé traduz-se no dever de agir orientando-se por padrões éticos, de lealdade e de confiança recíproca. É verdadeira norma jurídica “(...) a orientar uma adequada interpretação, a integrar lacunas existentes no ordenamento jurídico positivo, a prescrever condutas e, finalmente, a possibilitar um amplo controle dos sujeitos da relação jurídica” (FINGER, 2005, p. 23, 24 e 29).

Ao longo da história e em diferentes culturas, o termo assumiu diferentes significados; como “respeito à palavra dada” vinculando as partes nas relações negociais no período romano clássico; “lealdade” e “crença” para garantir a palavra dada na Alemanha; “ausência de pecado” situada na dimensão ética e axiológica no direito canônico (FINGER, 2005, p. 24-26).

A boa-fé, no seu espectro objetivo, já estava consagrada como cláusula geral no Código Civil alemão desde 1896 (§ 242²⁴⁹), no que influenciou o direito português (Código Civil de 1966, especialmente art. 762, princípio geral²⁵⁰), além de haver referências ao termo no Código Civil francês de 1804 (art. 1134²⁵¹); no direito brasileiro, por sua vez, só veio a ser expressamente mencionada para regular os

²⁴⁹§ 242 do BGB Alemão: “O devedor é obrigado a cumprir sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfico jurídico”.

²⁵⁰Art. 762 do Código Civil português: “1 – O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2 – No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.

²⁵¹Art. 1804 do Código Civil francês: “As convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que as fizeram. Só podem ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite. Devem ser executadas de boa-fé”

negócios jurídicos no Código Civil de 2002²⁵². Até então, era utilizada como critério de interpretação prevista no Código Comercial de 1950 e, a partir da década de 1990, positivou-se, na forma objetiva, como norma de conduta a regular as relações de consumo (FINGER, 2005, p. 26-27).

É importante anotar que, no Código Civil de 1916, não havia uma norma geral que consagrasse a aplicação do princípio da boa-fé objetiva; existiam, no entanto, dispositivos que a estabeleciam no seu espectro subjetivo (NEGREIROS, 1998, p. 71-72), a exemplo da tutela da posse e da usucapião.

Tanto a jurisprudência, com raras exceções (Tribunais no Rio Grande do Sul), quanto a doutrina nacional, a exemplo de Clóvis Couto e Silva, Maria Helena Diniz, Caio Mário Pereira, Orlando Gomes e Alípio Silveira, tratam a boa-fé²⁵³ como princípio jurídico no direito privado, e não como cláusula geral²⁵⁴. Entre outros elementos, a distinção baseia-se no fato de aquele eventualmente não vir normativamente exposto, enquanto esta é fórmula legislativa, caracterizada pela “vagueza semântica, não necessariamente presentes nos princípios” (FINGER, 2005, p. 32). Luis Roberto Barroso parece encontrar no grau de generalidade a diferença entre as duas categorias. Os princípios constituem “normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”; as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados “fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto” (BARROSO, 2005, P. 6-7).

A partir de uma cláusula geral, o aplicador do direito tem mais condições para decidir os casos concretos, na medida em que pode lançar mão de conceitos integradores de compreensão ética, princípios valorativos expressos ou não na legislação, máximas de conduta, *standards*, diretivas econômicas sociais e políticas (MARTINS-COSTA, 1999, p. 274).

²⁵²Ana Cláudia Finger (2016, p. 27) cita Edison Pereira Nobre Junior (2002, p. 119-120), para quem ainda no Código Civil anterior havia preceitos que tratavam da boa-fé, a exemplo do art. 109 (fraude contra credores), 112 (presunção de boa-fé nos negócios ordinários praticados por devedor insolvente) e 1404 (consideração de renúncia de um dos sócios como causa suficiente de dissolução da sociedade).

²⁵³Ana Cláudia Finger (2016, p. 30) classifica a boa-fé como princípio constitucional implícito, ao lado da proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica e motivação.

²⁵⁴Nesse sentido, também se posiciona Teresa Negreiro: “Assim é que, ainda antes de sua formulação expressa no CDC, a boa-fé objetiva já era reconhecida pela comunidade jurídica como um princípio fundador do direito obrigacional” (NEGREIROS, 1998, p. 87).

Essa distinção, se a boa-fé é cláusula geral ou princípio, foi minimizada por Teresa Negreiros, tendo em vista que não implicaria uma transmutação essencial na boa-fé, uma vez que, como cláusula geral, seria uma expressão legislativa do princípio da boa-fé (NEGREIROS, 1998, p. 87).

A boa-fé desempenha três comandos, cada um com uma finalidade diversa: a) interpretativa: os contratos devem ser interpretados em seu sentido objetivo, aparente; ou, se houver dúvida, o que a boa-fé indicar como mais razoável; b) integradora: com o sentido de completar; os direitos e deveres a serem cumpridos não se resumem ao estabelecido no contrato ou no negócio jurídico, abrangendo, a partir da boa-fé, a observância de outros deveres sob uma perspectiva global; c) controle: o exercício do direito pelo credor não pode exceder a boa-fé sob pena de incorrer em ilicitude ou abuso de direito (NORONHA, 1994, p. 151 *apud* FINGER, 2005, p. 32-33; MARTINS, 2000, p. 21-27).

Reconhecida como princípio, a boa-fé traduz diversas noções, como moralidade, segurança, defesa dos valores básicos de convivência humana, fidelidade à palavra empenhada, confiança e respeito mútuos (FINGER, 2005, p. 32 e 36). É oportuna a delimitação do conceito de boa-fé em dois tipos: a boa-fé subjetiva e a objetiva. Aquela diz respeito à condição psicológica, ao estado de consciência – o sujeito está de boa-fé –, baseia-se no convencimento do indivíduo de atuar conforme o direito. Denota a “ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (...) no próprio estado (subjetivo) da ignorância (...), seja na aparência de um certo ato (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411; MARTINS, 2000, p. 16).

A boa-fé objetiva, por sua vez, significa agir conforme um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411). São elementos externos, normas de conduta, que orientam o indivíduo quanto aos padrões aceitos, recomendados de correção, lisura e honestidade (MARTINS, 2000, p. 17).

Vale ressaltar que o princípio da boa-fé desenvolveu-se nas relações privadas – contratuais -, nas quais prevalecem os princípios da igualdade e da autonomia da

vontade. A questão que se impõe e se analisa é a sua aplicação no direito público. Neste, o norte é o interesse público e o princípio da legalidade, o que os coloca na base da resistência à aplicação da boa-fé nessa esfera (FINGER, 2016, p. 12).

De acordo com Antonio Manuel Rocha, não soaria bem o emprego da boa-fé no direito público, visto que papel complementar possível a partir do referido conceito implicaria no reconhecimento da existência de espaços vazios, o que, em tese, não se admite nesse ramo do direito. No entanto, segundo o autor, dadas as insuperáveis dificuldades de sistematização interna, fez-se necessária a adoção de princípios no direito público material, como a boa-fé, com elasticidade de sentido suficiente para evitar redução no que denomina “discricionariedade pura”. A crise econômica entre as duas grandes guerras abriu caminho para o aprofundamento do emprego do referido princípio no direito privado e o seu enraizamento no direito público (CORDEIRO, 2001, p. 384-385).

Embora, ao final, reconheça insuficientes, menciona três razões que poderiam obstar a aplicação do princípio da boa-fé no direito público: a) a diferente posição em que se encontram Administração Pública e administrados; b) o princípio da legalidade; c) a natureza distinta dos interesses veiculados pelas partes (MORENO, 1983, p. 32-34 *apud* FINGER, 2016, p. 45).

No que concerne ao primeiro argumento, entende que ele não subsiste, pois ambas as partes estão sujeitas aos mesmos princípios, sendo que a posição da Administração Pública decorre da necessidade de defesa do interesse coletivo. O princípio da legalidade também não seria empecilho à aplicação da boa-fé, isso porque a lei não é a única fonte do direito, encontrando-se ao lado da doutrina, do costume e da jurisprudência (MORENO, 1983, p.32-34 *apud* FINGER, 2005, p. 46).

Nesse sentido, o princípio da juridicidade administrativa seria a melhor representação da essência do Estado de Direito, indo muito além da estrita legalidade, da lei formal, mas dela não se deslocando (ROCHA, 1994, p. 80). A observância do referido princípio leva a Administração Pública a alcançar as premissas fundamentais que a CRFB estabelece (CASIMIRO, 2007, p. 8).

Sobre a natureza distinta dos interesses veiculados, também não seria impeditivo para aplicação da boa-fé, isso porque, de fato, não há oposição entre interesses público e privado, diversamente eles se entrelaçam, de modo que a

manifestação de um é, por conseguinte, do outro. O argumento tem base na superação da fratura, antes tida como existente, entre os domínios do direito público e privado (PEREZ, 32-34 *apud* FINGER, 2005, p. 45). Ademais, há que se observar que a cidadania e a dignidade são os fundamentos do Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, o exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse do próprio cidadão (FINGER, 2005, p. 47).

Nenhum dos argumentos comumente utilizado para afastar a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo se constitui óbice suficiente (FINGER, 2005, p. 49). Aliás o emprego do mencionado princípio é reconhecido tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina brasileira, e inúmeros autores são seus defensores, entre eles Almiro do Couto e Silva²⁵⁵, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵⁶ e Romeu Felipe Bacellar Filho²⁵⁷.

O princípio da boa-fé surge como “princípio constitucional implícito, vinculador do agir administrativo”, ao lado de outros de mesmo nível hierárquico; é “vetor das relações estabelecidas entre a Administração Pública e os particulares e mecanismo de preservação das relações jurídicas em atendimento ao interesse público”. Nesse sentido, a Administração Pública não pode invalidar atos anteriores com base no argumento de errônea interpretação aplicada de maneira uniforme, sob pena de desprezar a boa-fé dos beneficiários, o que configuraria afronta à segurança jurídica e aos elementos da lealdade e da confiança recíproca, pressupostos daquele princípio (FINGER, 2005, p. 103-114).

O referido princípio está expressamente previsto na Lei nº 9.784, de 1990, tanto para nortear o comportamento da Administração²⁵⁸ quanto dos

²⁵⁵O princípio da boa-fé estende sua influência ao direito público, e isso é marcante nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial (COUTO E SILVA, 1999, p. 277)

²⁵⁶O princípio da boa-fé pode ser extraído implicitamente de outros princípios constitucionais, especialmente da moralidade administrativa (DI PIETRO, 2014, p. 88).

²⁵⁷A atuação administrativa norteia-se por regras e princípios constitucionais, e os princípios da segurança jurídica, da moralidade administrativa e da boa-fé insere-se no universo do Estado Democrático de Direito (BACELLAR FILHO, 2010, p. 14).

²⁵⁸O inciso IV, do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1990: “Art. 2º 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:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

administrados²⁵⁹, os quais se devem pautar não só pela boa-fé, mas pela ética e probidade e, quantos aos últimos, pela lealdade e urbanidade no âmbito dos processos administrativos (SOUZA, p. 15-16). A Lei nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), orienta-se também no emprego do princípio da boa-fé, na medida em que autoriza a aplicação, de forma supletiva nos contratos administrativos, da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

A Administração Pública necessita conduzir a sua atuação a partir da observância do princípio da boa-fé, na medida que considera no processo princípios éticos e se impõem os deveres de lealdade e confiança; ao mesmo tempo em que deve obediência não só à legalidade, mas à moralidade, à segurança jurídica, todos ocupando o mesmo *status* normativo. A consequência é a preservação de situações jurídicas consolidadas para atender ao interesse público, em decorrência da presunção de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos (FINGER, 2005, p. 115).

Como decorrência ainda do princípio da boa-fé, a Administração Pública deve-se impor restrições à invalidação de atos administrativos e dos efeitos deles decorrentes, os quais não devem ocorrer, de acordo com a melhor doutrina, de forma automática. O princípio da legalidade não pode ser manejado de forma absoluta, havendo-se que respeitar situações consolidadas pelo tempo, bem como aquelas que beneficiaram terceiros de boa-fé. Isso faz com que a Administração Pública tenha de ponderar, na decisão administrativa, as circunstâncias do caso concreto, levando em consideração o princípio da proporcionalidade, de modo a compatibilizar o dever de invalidar os atos ilegais com a necessidade de convalidação, ou a manutenção, em alguma medida, dos efeitos decorrentes (FINGER, 2005, p. 116-118)²⁶⁰.

²⁵⁹Inciso II do art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999: Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé

²⁶⁰Para sustentar a posição de que o princípio da legalidade deve ceder aos demais princípios, como boa-fé e segurança jurídica, quanto à decisão de invalidar ou não ato administrativo, Ana Cláudia Finger cita diversos autores, em especial Romeu Felipe Bacellar Filho e Weida Zancaner (FINGER, 2004, p. 116-118).

III – O princípio da supremacia do interesse público

Pressuposto lógico do convívio social, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui-se em princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. Faz parte da essência de qualquer Estado. Apesar da ausência – expressa - na CRFB; em diversas passagens faz-se alusão à sua aplicação ou nele é encontrado o fundamento para a ação estatal; como no tocante à proteção do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, às ações coletivas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (MELLO, 2014, p. 99; DI PIETRO, 2009, p. 10)²⁶¹.

Como decorrência da supremacia do interesse público, a Administração Pública pode (ou deve): a) mediante atos unilaterais, imperativos, exigíveis, constituir terceiros em obrigações; b) pelos seus próprios meios, executar a pretensão traduzida no ato administrativo (autoexecutoriedade), no caso de a lei expressamente autorizar ou de a medida exigir providência urgente; c) revogar atos inconvenientes ou inoportunos; d) anular ou convalidar atos inválidos (MELLO, 2014, p. 99).

O interesse público corresponde ao interesse coletivo, no qual está compreendido o individual, mas dele se diferenciando (BACELLAR FILHO, 2011, p. 6). Na tentativa de alcançar a finalidade pública, a atividade administrativa coloca em foco a própria sociedade, e não o indivíduo em si, o que pode gerar, em certas hipóteses, colisão entre os dois interesses, devendo aquele prevalecer (FREITAS, 2004, p.34; BACELLAR FILHO, 2011, p. 6).

Romeu Felipe Bacellar Filho remete à teoria de Renato Alessi, a mais aceita entre os administrativistas brasileiros, para caracterizar o interesse público no Direito Administrativo. Afirma que função (do Estado) é o poder a ser exercitado para cumprir a finalidade pública, o interesse público primário, da coletividade, que é diferente do interesse da Administração como aparato organizativo, chamado de secundário. Este é acessório, subordinado, e só pode ser o norte do agir da Administração Pública, como representante da coletividade, quando for coincidente com aquele (BACELLAR FILHO, 2011, p. 6).

²⁶¹Na Constituição Federal de 1988, o instituto da desapropriação e da requisição estão previstos no art. 5º, incisos XXIV e XXV; a proteção do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, no art. 5º, inciso XXXIII; e ações coletivas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, no art. 129, inciso III.

As prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia do interesse público não são manejáveis ao alvedrio do agente público, elas são elementos instrumentais, encargo para o cumprimento de certas finalidades, de uma função pública, atrelada necessariamente ao escopo estabelecido na Constituição e na lei, em benefício da coletividade (interesse público primário²⁶²), e não de uma entidade governamental (interesse secundário) (MELLO, 2014, p. 99). Assim, a proteção do interesse público, ainda que em detrimento do particular, ocorre por uma escolha legislativa que concede à Administração Pública os poderes necessários; não se trata, portanto, de decisão unilateral (DI PIETRO, 2009, p. 10-11).

Juarez Freitas esclarece, por sua vez, que o sistema administrativo não admite o domínio despótico do todo sobre a vontade particular, isso porque a supremacia do interesse público se baseia na vontade geral legítima coerente com o interesse comum (FREITAS, 2004, p. 35). Nesse sentido, Odete Medauar concorda com o entendimento de que, muitas vezes, de modo errôneo, o interesse público é utilizado para defender a fazenda pública ou a decisões arbitrárias (MEDAUAR, 2014, p. 148).

Odete Medauar sustenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado está ultrapassado e coloca em dúvida se efetivamente algum dia ele existiu. Fundamenta sucintamente a afirmação: primeiro, no fato de a CRFB priorizar os direitos fundamentais, que são particulares, privados e, portanto, ilógico, incompatível com a existência de princípio da espécie no Direito Administrativo. Segundo, ainda de acordo com a Constituição, cabe à Administração Pública a conciliação, a compatibilização, a ponderação de interesses em determinada situação, para que não haja sacrifícios a priori de nenhum deles (MEDAUAR, 2014, p. 148).

Além de não ser indicado na maioria das obras doutrinárias contemporâneas, mesmo entre os autores defensores do mencionado princípio, há quem diga da necessidade de sua reconstrução, de sua adequação à dinâmica social, tendo em vista a convivência com outros princípios, como a proporcionalidade, que busca na

²⁶²O interesse público primário diz respeito à sociedade como um todo, que compete ao Estado como representante do corpo social. O interesse secundário é pertinente ao “aparelho estatal enquanto entidade personalizada” e somente pode ser perseguido se concordante com o interesse público primário (MELLO, 2014, p. 102).

solução das controvérsias a providência menos gravosa (MEDAUAR, 2014, p. 149)²⁶³.

Reconhecendo validade ao conceito de interesse público, Gustavo Binjenbojm defende, com exasperação, a superação do denominado princípio da supremacia do interesse público, ao contrastar posições divergentes às suas, como as de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e Fábio Medina Osório. Entende inadequada a construção de uma ideia *a priori* de que deve prevalecer o interesse público antes de uma avaliação proporcional dos elementos em oposição - se é que se pode assim designar -, que resolvem o caso concreto. Afirma que o interesse público resulta da avaliação racional, norteada no princípio da proporcionalidade, a partir da disciplina constitucional dos interesses individuais e coletivos específicos e na ponderação “que permita a realização de todos eles na maior extensão possível” (BINENBOJM, 2005, p. 9-10 e 30).

Para o autor, se a definição de interesse público depende da avaliação de tais direitos situados no caso concreto; não há que se falar em um princípio que resolverá a questão sempre a favor do interesse público, porque isso não seria a manifestação de um princípio jurídico, mas uma verdadeira tautologia. Além disso, como limite à efetividade desse princípio, opera o imperativo de preservação dos direitos individuais, porção do próprio interesse público, e a própria isonomia, como norma constitucional (BINENBOJM, 2005, p. 30).

Com essa mesma linha de entendimento, há que se mencionar a doutrina de Daniel Sarmento. Em sua análise, circunstanciada inclusive na Constituição Federal de 1988, anota que o personalismo latente na mencionada Carta, que se afasta tanto do organicismo quanto do utilitarismo ²⁶⁴, bem como do individualismo burguês²⁶⁵, firma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade

²⁶³Humberto Ávila sustenta que a supremacia do interesse público não é rigorosamente um princípio jurídico, uma vez que normativamente e conceitualmente não atende aos critérios para essa definição, além de não ser possível, a partir do ângulo da atividade administrativa, o interesse público ser descrito de forma separada do interesse privado (ÁVILA, 2007, p. 213-215). No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier fala na existência do princípio da tutela do interesse público, rechaçando, no entanto, a possibilidade de um princípio que veicule uma supremacia sobre o interesse privado (SCHIER, 2017, p. 240-243).

²⁶⁴ Para o organicismo, o interesse público não corresponde à soma dos interesses individuais; é algo superior. Por sua vez, para o utilitarismo, os dois interesses se confundem, correspondendo à fórmula para sua maximização (SARMENTO, 2007, p. 52).

²⁶⁵ O individualismo representa a supremacia dos interesses individuais sobre os da coletividade (SARMENTO, 2007, p. 52).

intermediária e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Nesse contexto, compreende inadequado falar em supremacia do interesse público, estando em confronto (o interesse público) com um direito fundamental ou não, pois, de outro modo, encerraria a ideia de proeminência, a priori, daquele em relação ao interesse privado. Por sua vez, defende o princípio da tutela do interesse público com o significado de que a Administração Pública não deve buscar o interesse privado dos governantes, mas o da sociedade; tal conteúdo significativo estaria, assim, em consonância com o princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2007, p. 78-114).

Voz parcialmente dissonante dessa pretensa visão modernista de que o referido princípio teria cedido lugar à primazia dos interesses privados com suporte em direitos fundamentais; José dos Santos Carvalho Filho, que defende a reconstrução do princípio, sustenta que, embora o sistema jurídico assegure garantias aos particulares em face do Estado em certos tipos de relações jurídicas, é evidente a proteção que deve ter o interesse público diante do particular. Desconsiderar isso, seria deixar de lado o regime democrático, com a preponderância das escolhas das majorias (CARVALHO FILHO, 2014, p. 35).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro contesta os argumentos utilizados por aqueles que defendem a superação ou a reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao afirmar que as justificativas que são apresentadas sempre fizeram parte do escopo do princípio. Afirma que “a ideia de interesse público sempre, em qualquer situação, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação. Exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo, muitas vezes de forma inconsequente, irresponsável e sob falsos pretextos” (DI PIETRO, 2009, p. 8-9)²⁶⁶.

Sustenta ainda que a indeterminação do conceito de interesse público, que diminuiria conforme o ramo de atuação, a exemplo de contratos administrativos ou setores como saúde e educação, não é justificativa para impedir a sua aplicação, até

²⁶⁶Com a mesma linha de entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Ana Cláudia Finger afirma que as críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estão descontextualizadas, uma vez que remetem ao regime jurídico estatal típico da França do Século XIX, momento em que as prerrogativas estatais eram acionadas sem qualquer contrapartida, isto é, não refletia o caráter democrático de hoje; além disso, os críticos da supremacia do interesse público não investigaram a essência do que vem a ser o interesse público que prevalece sobre o privado (FINGER, 2016, p. 10).

porque diversos outros princípios constitucionais padecem da mesma característica; além disso, ele é empregado em conformidade com outros princípios, em especial a legalidade. O princípio em foco nasceu no contexto do Estado Social de Direito para proteger os interesses das mais variadas camadas sociais, um interesse público único; ele não afetou os direitos individuais; pelo contrário, os direitos sociais surgiram paralelamente (DI PIETRO, 2009, p. 12).

Ademais, o binômio autoridade e liberdade está presente em todos os institutos do Direito Administrativo, ora um se destacando, ora o outro, mas o ideal é o equilíbrio entre ambos; daí a utilização do princípio da razoabilidade, que não implica negar o interesse público. “A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre meios e fins. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público” (DI PIETRO, 2009, p. 12).

Ana Cláudia Finger afirma que o Estado concretiza o interesse público quando realiza de forma legítima e satisfatória as atividades administrativas, respeitando inclusive a boa-fé dos cidadãos. Utilizar a sua supremacia para cometer abusos, agindo de forma autoritária, é deformação do sistema, citando Emerson Gabardo. Ademais, o reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o privado não representa qualquer prejuízo aos princípios informadores da atuação administrativa; ao contrário, substancia os princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé (FINGER, 2016, p. 18-19).

Atribuir maior importância ao princípio da legalidade na colisão com a boa-fé e a proteção da confiança, em que a Administração Pública dá efetividade à invalidação de ato administrativo viciado que resultou em pagamento indevido, constitui afirmação ou negação à supremacia do interesse público - ou, ainda, considerando as vozes críticas ao princípio – ou ao próprio interesse público? E, em raciocínio diverso, com a prevalência dos últimos princípios mencionados, qual é a consequência senão um prejuízo maior para o conjunto da sociedade?

Entende-se que o interesse público, focando na reposição dos pagamentos indevidos, estará mais fortemente respeitado quando associado às situações de observância à legalidade, na medida em que, a priori, representa uma vontade geral da sociedade; a ponderação e aceitação de aspectos predominantemente subjetivos, especialmente em relação à boa-fé e à proteção da confiança, deve ser

restrita; pois cria efeito inverso, de insegurança jurídica; quando elementos objetivos norteadores do agir passam a ocupar espaço menor na definição de direitos e obrigações.

IV - O princípio do enriquecimento sem causa e o enriquecimento ilícito

L. P. Moitinho de Almeida contextualiza o princípio do enriquecimento sem causa a partir do direito natural, com origem em conjunto de preceitos comuns a qualquer sociedade civilizada, independente do lugar onde se vive, da ética religiosa e moral dos povos, formado em uma concepção norteadora do que é bom e justo. Um desses preceitos de civilidade é “Dar a cada um o seu, não lesar a ninguém”, que implica no reconhecimento àquele que foi empobrecido, sem causa, e, ao mesmo tempo, resultou no enriquecimento de outrem, o direito de exigir reparação correspondente (ALMEIDA, 1998, p. 11).

Com origem no direito romano, atribuída a Pomponius (ALMEIDA, 1998, p. 14), o princípio do enriquecimento sem causa contemplava conteúdo bastante impreciso e, assim, podia ser utilizado nas mais diversas situações, o que levou a tentativas de aprimorá-lo; contudo, foi a partir da doutrina e jurisprudência alemãs²⁶⁷ que se conseguiu maior avanço na sua delimitação (URBANO, 2011, p. 89).

O enriquecimento sem causa era tratado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, até a edição do Código Civil de 2003, como princípio supralegal, implícito no ordenamento pátrio; a partir desse marco, passou a espécie de ato unilateral, ao lado da gestão de negócios. Hugo Evo Magro Corrêa Urbano fala em três requisitos gerais para a caracterização do enriquecimento sem causa: a) o enriquecimento de um sujeito, b) às custas de outro sujeito da relação e (c) sem causa que o justifique (URBANO, 2011, p. 89).

O enriquecimento pode resultar da aquisição ou do implemento de um direito, constituir-se em vantagem material ou imaterial, intelectual ou moral (VENOSA, 2014, p. 227). Consiste em vantagem patrimonial, que pode até não ter conteúdo econômico, sob duas concepções: a real, que diz respeito ao valor objetivo da vantagem auferida; e a patrimonial, que leva em consideração o patrimônio da

²⁶⁷O Código Civil Alemão (BGB) estabelece em seu § 812: “Quem por meio de uma prestação receber algo sem fundamento jurídico às custas de outrem, está obrigado a restituir”.

pessoa enriquecida, isto é, comparação entre a situação anterior e posterior à operação que resultou no recebimento indevido (URBANO, 2011, p. 91).

O segundo requisito, o empobrecimento, está estritamente vinculado ao primeiro, é consequência dele; por falta de autonomia se questiona inclusive a necessidade de sua caracterização para configurar a obrigação de restituir (URBANO, 2011, p. 91). Não importa a natureza do empobrecimento, exige-se apenas perda apreciável economicamente, e que haja nexo de causalidade, uma correlação na transferência do valor, entre o que se empobreceu e o que se enriqueceu (VENOSA, 2014, p. 229).

A ausência de causa, como terceiro requisito, é conceito abstrato e vai depender da situação em que se configurou o enriquecimento sem causa (URBANO, 2011, p. 92). Importa esclarecer que se utiliza o termo “causa” em seu sentido tradicional, isto é “como o ato jurídico que explica, que justifica a aquisição de um direito” (VENOSA, 2014, p. 230).

Celso Antonio Bandeira de Mello anota que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito e, portanto, aplicável também ao Direito Administrativo. A afirmação é feita a partir da análise do tratamento da questão na doutrina nacional e estrangeira²⁶⁸, em que a Administração é beneficiária de utilidade ou de produto decorrente dessa, serviço ou obra, que incorpora aos próprios fins sem oferecer a devida contraprestação; daí sustentar o emprego do princípio do enriquecimento sem causa para se demandar à Administração Pública pelos prejuízos ocorridos (MELLO, 1997, p. 32).

O princípio do enriquecimento sem causa é especialmente utilizado nas relações contratuais firmadas com a Administração Pública que, em razão de vícios, resultam em nulidades, não devendo os benefícios ou vantagens obtidos pelo Poder Público serem retidos em detrimento da outra parte contratante (NANNI, 2004, p. 397). Ele se inspira em equidade como sinônimo de igualdade na repartição de encargos, e proporcionalidade na distribuição de encargos entre os cidadãos. Nesse sentido, a restrição ao enriquecimento sem causa ressalta a noção de equilíbrio e

²⁶⁸Celso Antônio Bandeira de Mello cita diversos autores, entre os quais Aldo Sandulli Guido Landi e Giuseppe Potenza, Guido Falzone, Afonso Rodrigues Queiró, Guido Landi e Giuseppe Potenza, que repercutem a aplicabilidade do princípio do enriquecimento sem causa para demandar a Administração Pública por serviços, obras e utilidades incorporados ao patrimônio sem a devida contraprestação.

correlação e, assim, o enriquecimento decorrente da apropriação por uma pessoa deve basear-se em uma causa e observar o liame de proporcionalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento (BARACHO, 1997, p. 44).

Não há motivos para eximir a Administração de observar a cláusula geral que proíbe o enriquecimento a custa de outrem previsto no art. 884 do Código Civil de 2002, diante do dever de observância do princípio constitucional da legalidade, entre outros. Além disso, dispositivos expressos da Lei nº 8.666, de 1993, preveem a aplicação subsidiária de princípios gerais da teoria dos contratos e das disposições do direito privado, bem como o dever de indenizar, por parte da Administração Pública, os serviços executados e os prejuízos regularmente comprovados no caso de nulidades contratuais (NANNI, 2004, p. 398-399).

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona a doutrina de Lucia Valle Figueiredo e Sergio Ferraz, em monografia sobre “Dispensa de Licitação”, na qual se delinearão as condições para a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa em desfavor da Administração Pública: “a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviço; c) relação de nexó entre um e outro dos fenômenos acima apontados; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos” (MELLO, 1997, p. 32).

Celso Antônio Bandeira de Mello, referindo-se ao entendimento de Hely Lopes Meirelles, que defende que o contrato, ainda que nulo ou inexistente, é origem para pagamento por fornecimentos ou serviços efetivamente prestados; sustenta que, diante da previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa, não é admissível que a Administração se locuplete à custa alheia, por isso ao particular se deve indenizar em razão dos serviços prestados em prol da Administração, ainda que a relação tenha se fundado de forma implícita, desde que não seja maculada por atos de má-fé (MELLO, 1997, p. 32).

A regra geral, portanto, é a indenização do particular baseada no princípio da vedação do enriquecimento sem causa; a exceção ocorre com a prova de concurso de razões: prova “robusta e substancial de que o empobrecido obrou de má-fé, concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida” (MELLO, 1997, p. 34).

José Alfredo de Oliveira Baracho coloca o princípio do enriquecimento sem causa no âmbito do Direito Administrativo como critério para compreensão dos contratos administrativos, diante da eventualidade de desequilíbrio na relação econômica inicialmente fixada no ajuste, dificuldades em razão de situações não previstas na avença, erro de cálculo, etc. As ações de enriquecimento injusto ligadas aos contratos não concluídos buscam a restituição em razão de prestações realizadas, contratos inválidos, nulidade ou anulabilidade da avença, retroatividade do contrato inválido, entre outros motivos (BARACHO, 1997, p. 53-54).

Ao analisar o mencionado trecho de José Alfredo de Oliveira Baracho, Giovanni Ettore Nanni conclui que o preceito da legalidade repele qualquer tentativa de eximir a incidência do princípio do enriquecimento sem causa nas relações contratuais com a Administração Pública, mesmo nos ajustes típicos administrativos da Lei nº 8.666, de 1993 (NANNI, 2004, p. 400-401).

Veja-se que o princípio do enriquecimento sem causa é utilizado pelos mencionados doutrinadores para defender que a Administração Pública deve ressarcir ou arcar com eventuais danos provocados em razão de relação contratual com o administrado. E a justificativa é eventual benefício que a comunidade obtivera em razão da ação do particular, que realizou alguma tarefa ou assumiu custos. O mesmo entendimento impõe-se aos casos de agente público que recebe valores do Estado para os quais não realizou a devida contrapartida ou a legislação não lhe assegurou o benefício na forma como estava sendo paga.

IV.1 – Noção de enriquecimento ilícito

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano anota que as expressões “enriquecimento sem causa” e “enriquecimento ilícito” têm sido utilizadas incorretamente como sinônimas pela doutrina e jurisprudência²⁶⁹, embora pertençam a regimes jurídicos distintos (URBANO, 2011, p. 87).

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) regulamentou o §4º do art. 37 da CRFB, ao estabelecer os conceitos de ato de improbidade administrativa e, especialmente, no art. 9º, a caracterização do sentido de

²⁶⁹Hugo Evo Magro Corrêa cita os seguintes julgados que demonstram “imbróglio conceitual” no uso das expressões nas deliberações do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1.184.973/MG de 21.10.2010; Ag.Rg. no RMS nº 24.715/ES de 13.09.2010; Ag.Rg. no REsp nº 1.151.072/SC de 01.09.2010.

enriquecimento ilícito, como auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividades na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e de Território (URBANO, 2011, p. 94).

Para configurar enriquecimento ilícito, os atos de improbidade administrativa devem apresentar os seguintes requisitos:

- (i) o enriquecimento do agente; (ii) que exerça cargo, função, emprego, mandato nas entidades protegidas pela lei ou se beneficie do ato, ainda que seja terceiro estranho a elas; (iii) “a ausência de justa causa”, devendo a vantagem não guardar relação com os subsídios ou vencimentos do agente; (iv) e relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo (GARCIA E ALVES, 2008, p. 237 *apud* URBANO, 2011, p. 95).

Ao analisar os mencionados requisitos, Hugo Evo Magro Corrêa Urbano discorda apenas de um deles, a denominada “ausência de causa”, isso porque existe claramente uma causa para o enriquecimento ilícito, que no caso é o ilícito. Além disso, diverge dos autores que tentam transplantar o enriquecimento sem causa do Direito Civil como equivalente ao enriquecimento ilícito do Direito Administrativo. Entende que o segundo instituto se limita às relações jurídicas de Direito Administrativo enquanto o outro pode ser empregado em qualquer situação de deslocamento patrimonial ou intervenção indevida em bens alheios, inclusive no Direito Administrativo, limitando-se apenas em função do princípio da subsidiariedade (art. 886²⁷⁰ do Código Civil) (URBANO, 2011, p. 95).

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano discute ainda a diferença entre enriquecimento ilícito e enriquecimento sem causa a partir do estudo elaborado pelo jurista Francisco Bilac Moreira Pinto²⁷¹. Enquanto este coloca a validade da atribuição patrimonial no aspecto central da distinção, aquele novamente ressalta a causa ilícita como o elemento focal, isso porque tem como consequência a invalidade do negócio jurídico ou a perda dos bens, ligando-se, portanto, a um ilícito anterior, criminoso ou não (URBANO, 2011, p. 96).

A ocorrência de um ato de improbidade administrativa que resulte em enriquecimento ilícito, nos termos dos arts. 6º, 9º e 12 da Lei nº 8.429, de 1992, tem

²⁷⁰Art. 886 do Código Civil: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

²⁷¹Escreveu o livro “Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos”, publicação de 1959, no qual expõe o que denomina de “nova técnica democrática de combate à improbidade política e administrativa, contida na Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958”, além de apontar o descalabro da corrupção à época.

como consequência a perda dos bens obtidos ilicitamente em favor da pessoa jurídica prejudicada; de modo semelhante, o Código Penal fixa como efeito da sentença condenatória a perda das vantagens auferidas com o ato criminoso (art. 91, inciso II, alínea “b”). De outro modo, nos termos do art. 883 e parágrafo único do Código Civil de 2002, excluiu-se “o direito à repetição daquele que deu alguma coisa com o objetivo de obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei, destinando a vantagem em favor do estabelecimento local de beneficência, regra que não se aplica ao beneficiário de ato de improbidade administrativa diante da norma específica existente (URBANO, 2011, p. 97).

O autor aponta a compatibilidade da incidência das regras do enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8423, de 1992) e do enriquecimento sem causa, em concurso real de normas, para que se promova a perda das vantagens ilícitas obtidas pelo agente público, bem como dos valores conquistados sem lastro, muitas vezes já decorrentes da administração daqueles (URBANO, 2011, p. 97).

V - Princípio da eficiência

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, inseriu, no *caput* do art. 37 da CRFB, a eficiência no rol de princípios a ser observado por toda a Administração Pública.

O princípio da eficiência apresenta-se sob dois aspectos, sempre no intuito de alcançar os melhores desempenho e resultado: os modos de atuação do agente público; e de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Sustenta que o referido princípio se soma aos demais não se sobrepondo a nenhum deles, especialmente o da legalidade, com o qual tem acentuada oposição (DI PIETRO, 2014, p. 84).

Adilson Abreu Dallari sustenta que, após a inserção do princípio da eficiência no texto constitucional, não basta agir conforme a lei – e, por exemplo, emperrar o seu funcionamento para seguir a literalidade da norma. É preciso que a Administração Pública busque a forma mais eficiente de atuação e, a partir das soluções possíveis, opte por aquela que atinja os resultados necessários para a melhor satisfação do interesse público (DALLARI, 2006, p. 8).

De outro modo, o princípio da eficiência está ligado à ideia de que a Administração Pública deve produzir resultados que atendam às necessidades da

população, de modo rápido e preciso; em oposição ao que seria o comportamento habitual na gestão pública, de lentidão, descaso, negligência e omissão (MEDAUAR, 2014, p. 148). Vários aspectos devem ser considerados ao se falar no mencionado princípio, como “economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização”, os quais devem nortear não só a prestação de serviços públicos, mas também aos “serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 31).

Juarez Freitas relaciona o “princípio da eficiência ou da economicidade e otimização da ação estatal”, previsto no art. 37 da CRFB, com o compromisso do administrador público de agir conforme os melhores parâmetros, mais adequados e econômicos na consecução da coisa pública (FREITAS, 2004, p. 74).

A inobservância do princípio manifesta-se a partir do vício na escolha dos meios ou dos parâmetros voltados para os fins administrativos. Entende que a seara da discricionariedade legítima só pode ser exercida na medida da compatibilidade com os imperativos da sensatez e do combate a qualquer espécie de desperdício; tal avaliação, defende Juarez Freitas, deve ser realizada em sede de controle externo ou interno e também pelo Poder Judiciário, não no aspecto do merecimento, mas no tocante à compatibilidade plena do ato administrativo com a eficiência (FREITAS, 2004, p. 74).

José dos Santos Carvalho Filho repercute a dificuldade de dar efetividade ao princípio da eficiência na Administração Pública, ao envolver, por um lado, o poder decisório do administrador público e os limites decorrentes dos recursos disponíveis; por outro lado, a obrigatoriedade de fazer cumprir o mencionado princípio constitucional; tarefa que se insere no âmbito de atuação dos controles administrativo, legislativo e judicial, ressalvando-se que o último só atua se se tratar de comprovada ilegalidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 32).

Juarez Freitas defende a aplicação do princípio da eficiência, tendo em vista o elevado grau de desperdício de recursos públicos no Brasil, apontando casos de prioridades não cumpridas, obras inconclusas, traçados de obras em desacordo em projetos de engenharia, hospitais sucateados, etc. O princípio serviria de norte na definição de prioridades, na aquisição de produtos com preços adequados, bem como na escolha de projetos idôneos, etc. (FREITAS, 2004, p. 75).

O STF reconhece a importância do princípio e em diversas situações lança mão de sua aplicação, ao lado especialmente da igualdade e da impessoalidade. Exemplifica isso a negativa de provimento a agravo no qual se buscava atribuir estabilidade no serviço público a funcionário contratado sem concurso público antes da CRFB, sem atender aos requisitos previstos na referida Carta²⁷². Em outro julgado, declarou inconstitucional lei municipal de Bertópolis/MG que previa contratação temporária por tempo determinado de funcionário para cumprir atividades ordinárias e regulares; isso porque considera obrigatória a realização de concurso público, o qual tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles o da eficiência²⁷³.

A importância do princípio da eficiência, no contexto em análise, situa-se exatamente no combate ao desperdício de recursos públicos. Ora, se é dado à Administração Pública invalidar atos viciados, o retorno aos cofres públicos de valores recebidos indevidamente pelos beneficiários, além de corresponder a medida de justiça, restaura a capacidade financeira do Estado para fazer frente aos enormes desafios financeiros, especialmente em época de crise.

3.2.3. Outros argumentos justificadores da (dispensa de) reposição dos pagamentos indevidos

Diversos outros argumentos são utilizados para fundamentar a dispensa dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública. Nesse sentido, para o Poder Judiciário, alguns institutos são sensíveis na definição da questão, como o pressuposto da reversibilidade em tutela antecipada de urgência, a execução provisória da sentença e a sua rescisão.

I – A reversibilidade das decisões em tutela de urgência, a execução provisória e a rescisão de sentença

A Lei nº 13.105, de 2015, fixa, no § 3º do art. 300, que “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Além de atender a outros requisitos, a tutela provisória satisfativa só será concedida se for possível retornar ao *status quo ante*,

²⁷²Conforme AgRg no RE com Agravo nº 929.233 - Rio de Janeiro, ministro relator Dias Toffoli, Segunda Turma, em 24/2/2017.

²⁷³Conforme RE nº 658.026 – Minas Gerais, ministro relator Dias Toffoli, Plenário, em 9/4/2014.

no caso de sua revogação, marcando o caráter de provisoriedade e precariedade a ela inerente (DIDIER JR., 2016, p. 612).

O NCCPC ratificou, no art. 1059, as restrições à concessão de antecipação de tutela contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público, proibindo, por meio do instrumento, em especial, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou a extensão de vantagens e pagamento de qualquer natureza; embora, em algumas situações, elas continuem a ser deferidas²⁷⁴, tendo em vista inclusive o posicionamento do STJ de que se interpretam restritivamente as hipóteses do art. 2º-B da Lei nº 9.494, de 1997.

Ao interpretar o §3º do art. 1º da Lei nº 8.437, de 1992, que estabelece que “não será cabível medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação”; o STJ assentou, no julgamento do REsp nº 664.224 – RJ²⁷⁵, que o dispositivo “está se referindo, embora sem apuro técnico de linguagem, às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em caso de revogação”.

Marcos Antônio Benasse analisa o posicionamento de diversos doutrinadores sobre o deferimento da antecipação de tutela ante a irreversibilidade dos efeitos de sua concessão. Menciona, entre outros, o ministro Luiz Fux, para quem a denegação da antecipação de tutela é obrigatória. Por sua vez, a irreversibilidade, como efeito da decisão, não seria empecilho insuperável para Carreira Alvin e Luiz Guilherme Marinoni; opõem-se a esse posicionamento Antônio da Costa Machado e Arruda Alvim, além do falecido ministro Teori Zavascki (BENASSE, 2001, p. 141-148).

Conclui, no entanto, que a irreversibilidade não pode significar obstáculo intransponível para a concessão de antecipação de tutela²⁷⁶. Nesse sentido, sustenta que o juiz deve ponderar o “perigo de irreversibilidade” de conceder a antecipação de tutela com o de não deferir, formando convencimento, a partir das provas dos autos, acerca de quem teria mais direito (BENASSE, 2001, p. 140-148). Deve-se invocar a proporcionalidade na solução do dilema efetividade versus

²⁷⁴A título de exemplo, menciona-se a liminar deferida pelo ministro Luiz Fux do STF que estendeu a concessão de auxílio-moradia para agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público.

²⁷⁵Conforme REsp nº 664.224-Rj, ministro relator Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 1/3/2007.

²⁷⁶Nesse sentido, também se manifesta José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar: “A irreversibilidade, todavia, não pode constituir-se em impedimento absoluto à concessão de tutela antecipada” (BEDAQUE, 2006, p. 354).

segurança quanto ao pedido de direitos fundamentais formulados e, eventualmente, exigir caução a fim de atender a tutela provisória (DIDIER JR., 2016, p. 614).

José Roberto dos Santos Bedaque chama atenção para a necessidade de avaliação da irreparabilidade do prejuízo decorrente da concessão de antecipação de tutela com perigo de irreversibilidade; o que demonstra que este pressuposto está relacionado com os efeitos da concessão da medida e não com o próprio provimento judicial (BEDAQUE, 2006, p. 346). Seja nos casos de irreversibilidade ou de reversibilidade, mas havendo dano, o réu tem direito a indenização. Se o caso for de antecipação de soma em dinheiro, e verificada a inexistência do direito, fica o autor obrigado a restituir a soma antecipada. Acrescente-se que a condição financeira do autor nada influencia no dever de indenizar (MARINONI, 2006, p. 340).

Emmanuel Ruck Vieira Leal aponta a hipótese de servidor, ativo ou inativo, ou pensionista que tem deferido tutela antecipatória que lhe concede um benefício remuneratório qualquer, posteriormente cassada. Nessa situação, em função da reversibilidade do provimento, afirma que não se pode dispensar a reposição dos pagamentos realizados pela Administração Pública, fundamentando a deliberação no princípio da boa-fé dos beneficiários no recebimento dos valores. Pensar de modo diferente configuraria latente contrassenso; aliás poder-se-ia até argumentar que a reposição seria inexecutável, utilizando qualquer outro motivo, mas não pela aplicação do princípio da boa-fé (LEAL, 2013, p. 80).

Embora prevaleça, na Primeira Seção, o entendimento no sentido da reposição dos pagamentos indevidos decorrentes de tutela provisória antecipatória; não são raras as decisões do STJ – Segunda Turma - em sentido diverso, fundamentadas na irrepetibilidade de verba alimentar e no princípio da boa-fé²⁷⁷. No STF, igualmente a tutela provisória ora afasta ora mantém o dever de repor o indébito. Tais decisões, contudo, dispensando a reposição do indébito, ao se fundamentarem na boa-fé e/ou na irrepetibilidade da verba alimentar, contrariam um dos pressupostos essenciais para o deferimento da medida, qual seja a sua reversibilidade, conforme já explicitado.

Além disso, no art. 2º-B da Lei nº 9.494, de 1997, há vedação expressa à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública quando resulte, entre

²⁷⁷ Julgados exemplificativos desses posicionamentos foram citados nos itens V e VI do 2.1.2.2 desta dissertação.

outras hipóteses, em concessão de aumentos ou vantagens a servidores públicos. Contudo, ao menos em tese, é possível ao Juiz de primeira instância determinar, em sentença não transitada em julgado, o pagamento de valores. Tal execução provisória, nos termos do inciso I, art. 520 do NCPC, correrá por conta e risco do exequente, que deverá arcar com a reparação do executado no caso de reforma da decisão. Nessas situações, impõe-se a reposição dos pagamentos indevidos realizados a servidores públicos, ativos ou inativos, e pensionistas.

Quanto aos pagamentos indevidos decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, posteriormente rescindida, que o RJSPC, manda repor ao Erário; Emmanuel Ruck Vieira Leal analisa a questão sob a perspectiva do confronto com a proteção da coisa julgada, estabelecida no art. 5º, inciso XXXVI da CRFB. Nesse sentido, entende que a determinação de restituição estará atrelada aos fundamentos que impuseram a rescisão da decisão judicial, previstos no art. 966 do NCPC²⁷⁸.

Assim, nos casos em que a má-fé da parte está na origem da revisão judicial, não há que se falar em boa-fé para afastar o dever de repor os valores ao Erário (incisos I, III e VI do mencionado dispositivo). Por sua vez, nas outras situações, a exemplo do inciso VII, em que não esteja patente a má-fé, diante da obrigação de restituir prevista na lei, a questão deve ser decidida a partir da ponderação dos princípios da legalidade, boa-fé, supremacia do interesse público e vedação do enriquecimento sem causa (LEAL, 2013, p. 81-82).

II – Argumentos adicionais

Argumentos adicionais, sobre os quais se vai discorrer brevemente, são apresentados para dispensar a reposição dos pagamentos indevidos, aliados à interpretação de princípios constitucionais administrativos, entre as quais merecem

²⁷⁸Dispositivo do NCPC: “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

destaque: a presunção de legalidade do ato administrativo; a não participação dos agentes públicos beneficiários no processo de pagamento indevido; a má-fé não provada; a saúde precária ou a idade do beneficiário; e a irredutibilidade dos vencimentos.

A presunção de legalidade – Celso Antônio Bandeira de Mello fala em legitimidade - é um dos argumentos mais importantes; com base nela, os atos administrativos se revestem da qualidade de se presumirem verdadeiros e conforme o direito até prova em contrário (MELLO, 2014, p. 423). Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue o conceito em presunções de legitimidade e de veracidade, remetendo a esta a verdade dos fatos e àquela a observância da lei (DI PIETRO, 2014, p. 207).

A consequência mais importante decorrente da presunção de legitimidade do ato administrativo diz respeito ao fato de que “(...) enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido (...)” (DI PIETRO, 2014, p. 207).

Ora, se é possível declarar o ato inválido, isso porque a lei e a jurisprudência dos Tribunais do País autorizam; não é possível retirar do mundo os efeitos jurídicos decorrentes? A operatividade da presunção de validade encontra barreira na própria autorização dada para se invalidar tais atos administrativos. Não pode ser outra a conclusão.

É também comum, para justificar a dispensa de reposição dos valores pagos indevidamente, a menção à não participação do beneficiário no processo que resultou em indébito. A participação a que se alude é de contribuição ativa, de ter atuado, quiçá de forma dolosa ou com má-fé, dentro da própria Administração Pública, para realizar pagamento a quem não tem direito, para si ou para outrem. O argumento, no entanto, é insuficiente, inapropriado, pois o dever de reposição decorre de o recebimento se fundar em ilegalidade; independente de quem a cometeu, bem como se houve ou não má-fé. Admitir que o dever de reposição só existiria no caso de participação do beneficiário, cometendo ilegalidade, é fazer pouco caso da complexidade das rotinas administrativas, cujos procedimentos podem resultar em erros.

Situações de fato, como a saúde precária ou até mesmo a idade do beneficiário, não podem ser considerados como argumentos hábeis a dispensar a reposição dos valores, isso porque não existe qualquer distinção legal autorizando tal benevolência. Aliás, se o pressuposto é preservar a dignidade da pessoa humana; seria importante priorizar o avanço das políticas sociais que a sociedade brasileira ainda tanto demanda. Nesse sentido, é de conhecimento geral que boa parcela de servidores públicos no Brasil tem situação remuneratória privilegiada, especialmente aqueles vinculados aos Poderes Legislativo e Judiciário; assim, a título de exemplo, impor aos servidores da CD e do SF a reposição dos valores recebidos indevidamente ao longo de muitos anos não traria impacto relevante à sua condição social ou econômica; por sua vez, dispensá-los de repor, como efetivamente ocorreu recentemente, ratifica privilégios e reduz recursos que potencialmente poderiam atender demandas justas.

A irredutibilidade dos vencimentos²⁷⁹ é outro argumento inadequado, isso porque essa garantia constitucional só pode ser utilizada para assegurar vantagens que observem os parâmetros da legalidade; isto é, não pode servir de fundamento para manutenção de um pagamento ilegal ou indevido ou os seus efeitos pretéritos²⁸⁰.

3.2.4. O inadequado manejo dos princípios nas decisões sobre reposição de pagamento indevido

Foram apresentados, acima, os elementos essenciais de caracterização dos princípios, regras e situações de fato manejados para delimitar o direito relativo à existência ou não do dever de repor o pagamento indevido.

Observa-se, inicialmente, que há inadequado manejo dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé para delimitar a questão. Esse entendimento se baseia em algumas constatações, que passam a ser descritas na sequência:

²⁷⁹Conforme inciso XV do art. 37 da Constituição Federal de 1988, “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

²⁸⁰É orientação do STJ a possibilidade de “supressão de vantagens ilegais, por meio de lei ou ato administrativo, sem que impliquem em ofensa do princípio do direito adquirido ou à garantia de irredutibilidade de vencimentos” (Ag no AREsp nº 169867 – DF, ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 24/52017).

a) A alteração no tratamento do tema ao longo dos anos

Demonstrou-se, no capítulo II, a partir da apresentação do entendimento jurisprudencial dos Tribunais, como o tema da reposição dos pagamentos indevidos evoluiu nos últimos 17 (dezessete) anos. E a conclusão é fácil no sentido de se afirmar que passou de uma situação de obrigatoriedade de reposição em qualquer situação, ao menos para o STJ – o TCU adotava posição específica em relação a aposentados e pensionistas²⁸¹ -, para a tendência atual de sentido oposto, isto é, de dispensa de devolução dos valores recebidos indevidamente de forma generalizada.

Explica essa mudança exatamente a aplicação irrestrita dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé, no viés de defesa do interesse individual, como se, em nenhuma medida, contrariasse o interesse coletivo; no que assumem posição superior à legalidade; mas, não só isso, sem levar em consideração outros aspectos importantes, como o princípio da eficiência e o o interesse público.

É fundamental destacar, nesse sentido, a mudança - em si mesma - que vem sendo implementada pelos Tribunais, como ficou demonstrado; isso, óbvio, sem que qualquer alteração legislativa a substancie. A questão que se coloca é se ela traduz um interesse legítimo ou não, bem como se reflete o sentimento de justiça que a maioria da sociedade alimenta em relação ao tratamento da coisa pública; e, ainda, se contaria com o respaldo legal. Entende-se que não.

Ademais, o RJSPC, ao menos quanto aos servidores ativos, é claro ao determinar a reposição do indébito, não fazendo qualquer distinção se os valores indevidos foram recebidos de boa ou de má-fé pelo beneficiário. A proteção dada a quem recebeu indevidamente um valor indevido deve ocorrer nos termos da própria norma, ao se fixarem limites para o desconto dos valores; e na Lei nº 9.784, de 1999, ao prever a incidência do instituto da decadência; ou ainda, ao vedar a aplicação retroativa de nova interpretação jurídica pela Administração Pública.

²⁸¹O Enunciando nº 106 do TCU dispensava a reposição de pagamentos indevidos realizados a aposentados e pensionistas. No entanto, o STJ, mesmo nesses casos, determinou a restituição, conforme deliberações no RO em MS nº 14.373 – SC e REsp nº 511.010 – RJ, mencionados anteriormente.

b) Os princípios que servem (ou não) para dirimir a reposição dos pagamentos indevidos

Os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé são utilizados para fundamentar a manutenção de atos ilegais e os efeitos deles decorrentes; tais princípios, entre outros, norteiam o agir da Administração Pública a partir dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, alicerçados na promoção da dignidade da pessoa humana e do catálogo de direitos fundamentais²⁸².

Ora, caracteriza inadequado manejo desses princípios utilizá-los de forma generalizada para afastar obrigação imposta em lei, na medida em que o dever de repor o pagamento indevido não veicula determinação injusta, afetando algum direito fundamental. É importante ressaltar que o Brasil é país onde os agentes públicos, ativos e inativos, e os pensionistas a eles vinculados recebem, em média, a título de remuneração, aposentadoria, pensão e outros benefícios, mais que equivalentes do setor privado²⁸³. Nesse sentido, proteções adicionais, construídas a partir exclusivamente dos Tribunais sem alicerce legal, servem para aprofundar as distorções já existentes entre os diferentes grupos, além de beirar à apropriação do público pelo privado.

²⁸²Conforme o pensamento de Ana Cláudia Finger (FINGER, 2016, p. 19-20).

²⁸³ O rendimento médio mensal dos trabalhadores do setor público (União, estados e municípios) foi de R\$ 3.309 no trimestre encerrado em janeiro de 2017, 68% acima do ganho dos empregados com carteira assinada da iniciativa privada (R\$ 1.965), maior diferença de toda a série histórica da Pnad Contínua iniciada em 2012. Essa informação foi publicada na Gazeta do Povo, em 13/3/2017 e escrita por Fernando Jasper.

Esse quadro já havia sido retratado por Daniel Verzola Vaz e Rodolfo Hoffmann em artigo publicado em 2007, no qual aponta “a existência de um hiato salarial entre funcionários públicos e empregados do setor privado com carteira assinada alocados no setor de serviços, no Brasil (...)”. A diferença, naquele momento, significava que o segundo grupo recebia em média remuneração correspondente a 62,6% do que ganhavam os primeiros. Há diversas explicações para a realidade verificada, entre as quais citam a heterogeneidade entre as categorias e a estabilidade no emprego, o que torna os trabalhadores do setor público menos vulneráveis às crises econômicas (VAZ E HOFFMAN, 2007, p. 229).

Em estudo de 2009, o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – IPEA afirma que, em 2008, a diferença salarial dos trabalhadores do setor público em relação ao privado era de 56%, em favor dos primeiros, sem considerar a distinção segundo grau de instrução da mão de obra. Além disso, anota que esse fenômeno acontece na maior parte dos países e que a comparação internacional sugere que quanto mais alta a renda per capita dos países menor tende a ser a diferença de renda entre os setores (IPEA, 2009, p. 14-15).

Quanto aos valores de aposentadorias e pensões, de acordo com notícia publicada no jornal Estadão de 7/5/2017, escrita por Alexa Salomão, para os trabalhadores da iniciativa privada, o valor médio mensal dos benefícios é de R\$ 1,2 mil, enquanto para os servidores civis, União, estados e municípios, é de 7,5 mil e, para os militares, de R\$ 9,5 mil (disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,aposentado-do-estado-custa-dez-vezes-mais,70001766240>).

A proteção ao interesse individual é elemento central da aplicação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé; os quais se propõem a proteger os beneficiários de uma suposta atuação arbitrária do Estado. Nas decisões que envolvem pagamentos indevidos, aspecto essencial deve ser considerado: a alegada proteção do interesse individual resulta em clara apropriação do interesse público pelo privado. Quer-se dizer, em linha com o entendimento já apresentado nesta dissertação, que a argumentação a partir do emprego de tais princípios, sobressaindo-se sobre outros de mesma envergadura, mas com efeitos opostos, mostra-se inadequada e foge ao escopo que pretende dar natural proteção, isto é, de que toda confiança legítima merece respeito.

O manejo desses princípios, como se regras fossem, configura verdadeira distorção. Significa dizer que o seu emprego deveria ficar restrito a situações excepcionais²⁸⁴, eleitas entre aquelas de ocorrência de pagamentos indevidos, isto é, entre as diversas situações da espécie haveria aquelas – a maioria inclusive - em que tais princípios cederiam a outros que operam em sentido diverso. No entanto, o que se verifica é o seu avanço delineando o direito em um número cada vez maior de lides.

Outro aspecto que chama atenção é, em muitas oportunidades, a forma inusitada como se utiliza o princípio da boa-fé para afastar o dever de reposição ao Erário. Na essência, a boa-fé é relacionada com o comportamento individual do beneficiário, que desconhece os fatos e, por isso, não pode ser impingido a devolver os valores recebidos indevidamente, erro para o qual não contribuiu com qualquer ação; essa é a vertente subjetiva do conceito, que considera o elemento interno do receptor. Sob esse prisma, pode-se afirmar, com elevado grau de certeza, que dificilmente alguém será obrigado a restituir algo, por ser difícil, senão impossível, demonstrar que o recebimento não ocorreu de boa-fé, que, diga-se de passagem, precisa ser provada.

Por sua vez, em outras situações, a menção à boa-fé objetiva é utilizada como artifício; isso porque, na verdade, traduz efetivamente a aplicação do conceito no viés subjetivo; que torna impossível o dever de restituir. A boa-fé objetiva, de acordo com essas deliberações, fica caracterizada a partir da crença do beneficiário de que o ato administrativo viciado, que resultou no pagamento indevido, gozava de

²⁸⁴Na linha do que defende Rafael da Cás Maffini (MAFFINI, 2004, p. 130).

presunção de legalidade, além de ter caráter definitivo²⁸⁵. Ora, isso, nem de longe, representa a aplicação do conceito de boa-fé objetiva, cujo elemento central está no próprio agir do beneficiário, no elemento exteriorizado, de não se beneficiar do alheio, de agir com correção, lisura e honestidade²⁸⁶.

Há, em outro sentido, elevada incoerência na defesa de que os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé justificariam a manutenção dos efeitos de atos viciados consistentes em pagamentos indevidos, o que estaria em linha inclusive com o princípio da supremacia do interesse público. Um dos conceitos associado a este princípio é justamente o da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, cuja soma destes, evidentemente, não corresponde àquele; nesse sentido, nem sempre é possível – porque não é factível ou não contempla interesses maiores - proteger o interesse individual com a justificativa de que estará atendendo o coletivo ou buscando uma finalidade pública²⁸⁷; aliás, não é possível pensar uma sociedade justa e equilibrada sem valorizar, em primeira mão, o interesse coletivo.

Ao se eximir de obrigar o beneficiário de pagamento indevido de repor o que injustamente recebeu, há configuração de uma dupla lesão: ao Estado, por não atuar adequadamente e admitir prejuízos em função disso, mesmo identificando-o e sendo capaz, com os recursos jurídicos disponíveis, de restaurar o *status quo ante*, mas exime-se de fazê-lo; e à sociedade que é privada dos benefícios potenciais decorrentes do inadequado emprego dos recursos (prejuízo).

Nesse sentido, importante assinalar outro matiz do princípio da supremacia do interesse público. Ao se vedar a reposição dos pagamentos indevidos, o Estado deixa de ter como foco o alcance da finalidade pública, a sociedade; para atender demanda que representa mero interesse individual. O interesse público primário, da coletividade, cede espaço para o aparato organizativo, para a Administração Pública como interesse secundário, dos seus integrantes²⁸⁸. Veja-se que a ponderação que

²⁸⁵Conforme REsp nº 1.657.330 – RS, ministro relator Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/4/2017, trecho da ementa citada a seguir: “4. Na linha do julgado precitado, o elemento configurador da boa-fé objetiva é a inequívoca compreensão, pelo beneficiado, do caráter legal e definitivo do pagamento.

²⁸⁶Conforme o pensamento de Martins-Costa e Martins, já citados nesta dissertação.

²⁸⁷Conforme pensamento de BACELLAR FILHO, 2011, p. 6 e FREITAS, 2004, p.34; BACELLAR FILHO, 2011, p. 6.

²⁸⁸Coerente com o pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, 2011, p. 6).

resolve a mencionada colisão entre princípios parte de premissa de que é preciso proteger o interesse individual; contudo, a prevalência do interesse individual nesse caso significa essencialmente a apropriação do público pelo privado.

Forte argumento na defesa da reposição dos pagamentos indevidos, o princípio do enriquecimento sem causa é predominantemente mencionado no Direito Administrativo no tema dos contratos com a Administração Pública, mas a ele não se restringe. O elemento essencial para a aplicação do princípio situa-se na falta de causa que levou ao enriquecimento, que deve ser entendido não como o acréscimo de um valor substancial ao patrimônio ou à renda do favorecido, mas de qualquer valor que esteja em dissonância com as prescrições legais ou em termos de contraprestação para aquele caso.

Basta, nesse contexto, para a configuração do enriquecimento, a transferência da vantagem patrimonial, e, no caso dos pagamentos indevidos, do Estado para o beneficiário²⁸⁹. Aliás, os Tribunais equivocadamente tentam justificar a não incidência do referido princípio, afirmando que eventual verba recebida indevidamente não serve de fonte de enriquecimento, mas de subsistência do beneficiário e sua família²⁹⁰; argumento claramente vazio de sentido.

Ressalta-se, ademais, na delimitação do dever de restituição do pagamento indevido, a necessidade de ponderação do princípio da eficiência. A dispensa do indébito conduz à ideia de desperdício, de ausência de economicidade, tendo como consequência a não produção, a partir dos recursos públicos disponíveis, dos resultados que a população tanto deseja²⁹¹. Como norte para a atuação da Administração Pública, deve alcançar todos os âmbitos decisórios, inclusive o Poder Judiciário, onde as deliberações parecem imunizadas ante à possibilidade de apreciação desse conteúdo essencial.

²⁸⁹Conforme a doutrina de Hugo Evo Magro Corrêa Urbano (URBANO, 2011, p. 91), para quem o “O enriquecimento consiste na vantagem patrimonial recebida por alguém, havendo, porém, quem defenda que essa vantagem possa também não ter caráter econômico”.

²⁹⁰Conforme ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, citada no relatório da ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe de 22/6/2016, e que deliberou o REsp nº 1.605.187 - RS: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESTITUIÇÃO VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. DESCABIMENTO. BOA-FÉ. Incabível a repetição ao Erário dos valores pagos indevidamente pela Administração quando o servidor age com boa-fé. A quantia recebida de forma indevida a título de vencimento, remuneração ou vantagens pecuniárias não serve de fonte de enriquecimento, mas de subsistência do servidor e de sua família”.

²⁹¹Está em conformidade com a ideia de José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2014, p. 31) e Odete Medauar (MEDAUAR, 2014, p. 148).

O mencionado princípio não deve nortear apenas a forma como a Administração Pública operacionaliza os serviços ofertados à sociedade, o funcionamento da máquina pública, a economia nas ações empreendidas, as escolhas que faz, etc.; tem que orientar ainda a relação estabelecida entre Estado e os seus agentes na delimitação de direitos e obrigações atribuídos.

Por fim, afigura-se um descompasso técnico-jurídico dar prevalência ao princípio da boa-fé para afastar as consequências da reversibilidade das decisões judiciais em tutela provisória, como residualmente tem decidido o Poder Judiciário. Os valores pagos indevidamente com fundamento em decisões judiciais provisórias e até mesmo definitivas, quando revisadas ou rescindidas, devem ser restituídos aos cofres públicos, seja por se tratar de consequência legal expressa; seja porque a proteção do interesse coletivo merece deferência, com a valorização do interesse público e da eficiência, além de tornar atitude prática a vedação do enriquecimento sem causa. De outro modo, estar-se-ia legitimando a apropriação do que é público pelo privado.

c) A essência da invalidade do ato de pagamento indevido e suas consequências: retroatividade, decadência, erro operacional, erro de interpretação jurídica, ato doloso

O pagamento indevido tem origem em ato administrativo inválido, isto é, a nulidade tem como consequência o desfazimento dos seus efeitos desde a origem. Tal interpretação implica no reconhecimento de que os beneficiários devem restituir os valores que receberam indevidamente ao longo do período, observando-se o prazo decadencial de 5 (cinco) anos que a Administração Pública dispõe para exercitar o seu poder-dever de invalidação.

É importante ressaltar a distinção entre os pagamentos indevidos originários de erro da Administração, por exemplo, daqueles resultantes de atos dolosos ou de má-fé. Nestes casos, não há dúvida quanto ao dever de restituição, bem como de que não se aplica o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previstos no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, para que a Administração Pública invalide o ato e busque a reposição dos valores, ação esta que pode ser exercitada a qualquer momento, dada a sua imprescritibilidade²⁹³.

²⁹³ Ver explicações adicionais no item 3.1 desta dissertação.

Todavia, observa-se que, na prática, os parâmetros objetivos mencionados para a configuração do dever de restituição ao erário estão sendo superados com fundamento nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé (do qual se discorda); posicionamento que encontra contraponto em princípios de igual envergadura, como legalidade, enriquecimento sem causa, supremacia do interesse público e eficiência.

Esse cenário levou à identificação de distinções entre os pagamentos indevidos, em relação aos quais se pontuam alguns elementos característicos:

i) decisão judicial – a revisão ou cassação de decisão judicial que resultou na concessão de direito com repercussão monetária resulta no reconhecimento de ocorrência de pagamentos indevidos enquanto vigente a deliberação. Tais pagamentos sujeitam-se a reposição, conforme jurisprudência majoritária do STJ, com algumas exceções²⁹⁴. No STF, o posicionamento é divergente, com tendência maior à dispensa²⁹⁵;

ii) erro operacional – falha procedimental, de técnica e cálculo do agente público, envolvendo a apreciação de elementos de natureza fática, e não jurídica. Em um primeiro momento, levavam à restituição dos valores, entendimento que agora se encontra flagrantemente ameaçado, em especial na jurisprudência do STJ;

iii) erro de interpretação jurídica - contempla os pagamentos decorrentes de erros de direito, entre os quais se inserem aqueles configurados como erros grosseiros de interpretação da norma. Sempre eximiu a reposição dos pagamentos indevidos, salvo se se tratar do último, isso para a jurisprudência do TCU;

iv) ato doloso ou de má-fé - modalidade de pagamento indevido decorrente de dolo ou má-fé do agente público que os concedeu, ou dos beneficiários. Sempre impõe a reposição do recebido indevidamente.

É pressuposto do exercício do poder invalidar o ato administrativo o respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. A delimitação do dever de restituir passa necessariamente pela interpretação das normas vigentes mirando

²⁹⁴ Posicionamento jurisprudencial apresentado no item 2.1.2.2, V e VI, desta dissertação.

²⁹⁵ Posicionamento jurisprudencial apresentado no item 2.1.1.

o fim público, sem deixar de respeitar o limite à retroatividade de nova interpretação, conforme definido na Lei nº 9.784, de 1999 (art. 2º, inciso XIII). Tal comando, no entanto, não inviabiliza eventual decisão pela reposição de pagamento indevido na medida em que se atribui adequada valoração à ilegalidade do ato administrativo específico, seguindo os demais preceitos normativos vigentes. Da mesma forma, se, com a revisão da decisão judicial, não há mais parâmetro para a manutenção do benefício considerado indevido, o *status quo ante* deve ser restaurado.

Assim, o sistema jurídico posto²⁹⁶ oferece condições objetivas para a decisão sobre a reposição de pagamentos indevidos oriundos em decisão judicial, em erro operacional ou decorrente de ato doloso ou de má-fé. Em tese, suscitariam dúvidas apenas as situações em que há erro de interpretação da norma, que podem ser afastadas a partir de adequada delimitação dos seus elementos configuradores.

Dentre os elementos característicos já mencionados, ressalta-se que o ato administrativo ou decisão só podem ser praticados observando a lei; esse é parâmetro objetivo, que deve ser aplicado na perspectiva de que percentual das soluções não está nela posta. Contudo, a Administração Pública; dadas as suas prerrogativas, a autotutela, a obrigatoriedade do cumprimento de suas decisões pelos administrados, a repercussão geral, em termos de efeitos, de suas escolhas; não pode trilhar caminhos divergentes, sem sustentação, oblíquos. Deve, sim, ser ponderada, conservadora, trilhar o caminho da legalidade.

É nessa medida que um pagamento indevido, decorrente de interpretação inadequada da lei, que não encontra respaldo jurídico, pode resultar na reposição dos valores, em especial dos que configuram equívocos grosseiros. Ressalta-se que, embora a decisão seja da Administração Pública, e a ela se atribuam as consequências, tal ato foi conduzido por pessoas que agiram, em alguma medida e na maioria das vezes, resolvendo interesses próprios, refletidos direta ou indiretamente na decisão.

Além disso, é importante assinalar que tudo que diga respeito à Administração Pública e ao Estado relaciona-se à coletividade, que assume as consequências desse agir, conduzido, que é, muitas vezes, por interesses privados;

²⁹⁶ Na linha da menção ao conceito de “direito posto”, do ministro Eros Grau, utilizado por Rafael Cás Maffini (MAFFINI, 2005, p. 116).

daí a defesa da reposição dos pagamentos indevidos – repita-se sempre nos termos da Lei -, em nada configurando atuação arbitrária.

d) Ilustração de pagamentos indevidos: valores acima do teto constitucional

O STF, no julgamento do RE nº 606.358 - SP, com repercussão geral, fixou que as vantagens pessoais recebidas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, computam-se na observância do teto constitucional, cujo abatimento não implica ofensa à irredutibilidade de vencimentos; e dispensou de reposição os valores pagos a agentes públicos a tal título até 18/11/2015.

A deliberação serviu de fundamento para o TCU, mais recentemente, dispensar a reposição de pagamentos indevidos a servidores públicos das duas Casas Legislativas federais, com uma distinção entre as deliberações. Enquanto a boa-fé dos servidores da CD ficou presumida até 14/8/2013, data da edição do Acórdão nº 2142/2013-Plenário, por meio do qual se julgou a auditoria realizada na área de pessoal do Órgão; no caso do SF, seguiu-se, por completo, a decisão do STF.

Importante ressaltar, no tocante à deliberação do STF, que o teto remuneratório da Administração Pública está em vigor desde 19 de dezembro de 2003, data da publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003. Dada a participação de 26 estados da federação e da própria União no processo que resultou nas conclusões do RE nº 606.358 – SP, pode-se admitir, em alguma medida, que a regra não estava sendo amplamente aplicada, a exemplo do que ocorria com servidores da CD e do SF.

Veja-se, ademais, que o STF demorou cerca de 6 anos e 6 meses para definir posicionamento final sobre a matéria, desde a autuação do mencionado RE, em 22/11/2009, até o trânsito em julgado do acórdão, 25/5/2016. Nesse sentido, questiona-se: qual a soma de recursos indevidamente utilizada para arcar com remunerações acima do teto constitucional? Seriam relevantes? A aplicação do princípio da boa-fé estaria sobrevalorizada e criando situações inaceitáveis, injustiças, ônus demasiado ao cidadão? A esse respeito, é importante ressaltar a afirmação do ministro Walton Alencar, relator do Acórdão nº 1.112/2017-Plenário, no seu voto, de que os servidores do SF recebiam remunerações acima do teto desde 2003.

Dois aspectos podem ser destacados nesse tópico: primeiro, a demora para encontrar uma solução definitiva para situações com importante impacto, neste caso para a gestão pública (o teto remuneratório foi instituído em 2003); segundo, como é relativamente simples convalidar situações ilegais independente do impacto para o conjunto da sociedade. Isso coincide com o entendimento da prevalência do interesse individual sobre o coletivo, bandeira esta muitas vezes tremulada para defender interesses corporativos.

f) A dissonância da prática brasileira de dispensar o pagamento indevido em comparação com Espanha e Portugal

Ainda que brevemente, há que se ressaltar que a tendência do direito brasileiro de dispensar a reposição dos pagamentos indevidos em qualquer situação se afasta do caminho traçado por Espanha e Portugal, mencionados nesta dissertação.

Aspecto comum nas referidas nações é a distinção entre erros materiais – de cálculo - e de direito que podem contaminar o ato administrativo, o que resulta em distintos modos para se levar adiante a reposição ao Erário dos valores pagos indevidamente. Enquanto o primeiro demanda a mera retificação, o outro deve observar as regras atinentes ao processo administrativo de revisão dos atos administrativos nulos ou anuláveis, situação esta que não afasta o dever de restituir. Tal disciplina, de modo geral, quanto à designação, é compatível com a adotada no direito brasileiro, ao que se acrescentam outras expressões sinônimas, como erro operacional e erro de interpretação jurídica.

O destaque especial vai para o fato de que nos dois países, em especial em Portugal, há disciplina pormenorizada sobre a reposição dos pagamentos indevidos, inclusive com definição de prazos prescricionais, que podem ou não coincidir com aquele definido para que Administração, órgão especializado ou o Poder Judiciário possam anular os atos administrativos inválidos.

É importante ressaltar ainda que a boa-fé ou o princípio da boa-fé – que deve ser entendido como via de mão-dupla, isto é, postura exigida tanto da Administração quanto do administrado – é expressamente previsto nos códigos de processo administrativo dos dois países como limite à revisão dos atos administrativos; ainda assim, não impede que seja determinada a restituição de valores, pois entende-se que ela deve operar nos limites da lei.

3.3. O traço cultural na delimitação do dever de reposição do indébito

Na decisão de impor (dispensar) ao beneficiário – servidor público, ativo ou inativo, e pensionista – o dever de repor valores recebidos indevidamente dos cofres públicos; a Administração Pública, o Poder Judiciário e demais órgãos competentes para deliberar obviamente levam em conta a natureza pública dos recursos que são incorporados ao patrimônio privado, sem qualquer contraprestação ou em desconformidade com a lei.

Conforme relatado ao longo desta dissertação, em especial nas situações em que os pagamentos indevidos decorrem de erros da Administração Pública, a jurisprudência dos Tribunais encaminha-se para afastar, em qualquer situação, o dever dos beneficiários de repor os valores. Diante disso, em que medida esse entendimento reflete a apropriação do interesse público pelo privado?

O questionamento é pertinente tendo em vista que, como fundamento dessas deliberações no sentido de justificar a dispensa de reposição, muitas vezes se remete a aspectos ou características dos beneficiários, como “o professor aposentado”, “doente”, etc., como se desvalido fosse ou se tornasse, que tem reduzida a sua dignidade; ou, ainda, a severidade da norma no trato da situação, como se a impessoalidade da norma fosse um defeito.

A apreciação e a valoração de tais aspectos do beneficiário ou da norma refletem, em alguma medida, a compreensão de que sobre o Estado e a sociedade devem recair o ônus que, em um raciocínio “menos cordial²⁹⁷”, conduziria a medida diversa. Esclarece-se: nessas deliberações, o que se vê é o tratamento paternalista, patriarcal, daqueles que foram beneficiados em detrimento da lei, tratamento esse atribuído a um pequeno grupo de pessoas – servidores públicos e dependentes -, entre os quais se podem encontrar, em algum momento, os próprios tomadores de decisão.

Sérgio Buarque de Holanda fala que o “Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo”. Assinala que onde a ideia de família é muito sólida, especialmente a do tipo patriarcal, há mais

²⁹⁷ O termo “cordial” é utilizado com a significação empregada por Sérgio Buarque de Holanda, ao se referir ao “Homem Cordial”, que seria a contribuição brasileira para civilização: “A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade (...)” (2012, p. 44 e 54).

dificuldades para a evolução da sociedade, uma vez que não se desenvolvem virtudes tão importantes, como o “espírito de iniciativa pessoal” e a concorrência entre os cidadãos (HOLANDA, 2012, p. 45, 48 e 49).

Desde tempos remotos, no Brasil, imperou a família do tipo primitivo patriarcal, por isso a dificuldade dos homens públicos em distinguir os domínios do público e do privado. Assim, os caminhos da gestão pública são traçados de acordo com o interesse particular, além disso os empregos e benefícios são direitos pessoais e não para servirem a interesses objetivos (HOLANDA, 2012, p. 51). É o desconhecimento de qualquer forma de laço que não seja ditado pelo fundo emotivo, até mesmo no embate concorrencial, um dos aspectos da vida brasileira, produto da sociedade patriarcal, cujo homem cordial, não afeito a ritos, de uma religiosidade superficial, anseia por se encontrar sempre em espaço familiar (HOLANDA, 2012, p. 55-59).

A partir de uma perspectiva similar à de Sérgio Buarque de Holanda, Luiz Roberto Barroso, em texto recente, de 2017, remete a três disfunções do Estado brasileiro: o patrimonialismo (não há separação entre o público e o privado, cultura que faz parte da tradição ibérica trazida para a colônia); o oficialismo (dependência excessiva do Estado, o paternalismo, o compadrio); e a cultura da desigualdade (não há cultura de que todos são iguais, mas de universos paralelos de privilégios) (BARROSO, 2017, p. 3-4).

Raymundo Faoro menciona a persistência do patrimonialismo na realidade histórica brasileira, “resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista”, ao tratar do período que vai de Dom Pedro I a Getúlio Vargas. Anota que, em um estágio inicial, o domínio patrimonialista, constituído pelo estamento²⁹⁸, dá-se a partir da apropriação de oportunidades econômicas, concessões, cargos, misturando-se interesse público com o privado. A burocratização desse estamento, com o tempo, no entanto, não vai alterar a realidade fundamental: “O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal” (FAORO, 2003, p. 823).

²⁹⁸ De acordo com Raymundo Faoro, “O estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria”. É uma minoria dirigente, que exerce o poder em seu próprio benefício, e não como delegação ou inspiração da maioria (FAORO, 2003, p. 107-108).

O autor refere-se ao estamento como uma categoria autônoma, superior à sociedade, problema que ainda não teria sido resolvido, nem pelo “caudal triturador da história”; anota ainda que mesmo após séculos continuam dissociados em velada marcha antagônica, Estado e nação, governo e povo, equívoco que se renova, século após século (FAORO, 2003, p. 823).

Luiz Roberto Barroso aponta para o que seria uma marca característica do povo, o jeitinho brasileiro, “(...) expressão que comporta múltiplos sentidos, facetas e implicações”. E que seria um traço da formação da personalidade nacional, alcançando compreensões desde românticas, como virtudes tropicais, a críticas, como vícios civilizatórios graves. Cita como características negativas o agir de improviso, a gradação dos sentimentos e interesses pessoais acima do dever, o compadrio, a cultura da desigualdade, da quebra das normas sociais e da violação da lei (BARROSO, 2017, p. 5 e 7).

Luiz Roberto Barroso entende que o jeitinho brasileiro - com o desapego às formalidades, a indisciplina, o individualismo no confronto com o interesse público - derruba o mito do brasileiro cordial. Aponta ainda a dificuldade com o cumprimento da lei pelo cidadão comum, dada a tradição autoritária e hierárquica do país. Os graves problemas éticos e a corrupção que assolaram o país nos últimos anos têm espaço de continuidade na medida em que o homem cordial encontra dificuldade em punir, daí ser também, a impunidade, causa para essa realidade (BARROSO, 2017, p. 5 e 7).

Raymundo Faoro atribui à herança portuguesa os males que contaminam o Estado brasileiro. Assinala que, em contato com o novo mundo, a máquina estatal portuguesa resistiu, “duramente administrativa”, “aristocraticamente superior”, com seus quadros e instituições anacrônicos, sem renovação, frustrando o florescimento do mundo novo; o que gerou uma “civilização marcada pela veleidade” (FAORO, 2003, p. 823).

O contexto brevemente apresentado pode estar na origem das várias soluções administrativas/judiciais reportadas até aqui e que acabam impondo ao Estado e à sociedade ônus indevido, em benefício de certos grupos. Fazer parte do conjunto de servidores públicos é segurança de que gozará de benefícios diferenciados, mas também de tratamento que beira ao paternal, com a premissa de

que a vontade individual – e não coletiva - pode e deve ser suprida. Aos Poderes e órgãos competentes, atribui-se a sensibilidade para atendê-la na medida do possível, independente dos recursos disponíveis e do fato de que grande parcela da sociedade ainda se mantenha excluída dos padrões mínimos necessários de subsistência.

A vedação à reposição dos pagamentos indevidos, como regra construída a partir unicamente da jurisprudência dos tribunais, seja administrativo ou judicial, demonstra verdadeiramente o descompasso entre a perspectiva ideal de funcionamento do sistema jurídico e a distinção tida como adequada entre o que é interesse público e privado, confusão essa que marca de modo essencial um Estado que continua patrimonial e que se manifesta, em muitas ocasiões, no “jeitinho brasileiro” de interpretar e aplicar a lei.

4. CONCLUSÃO

Nesta dissertação, tratou-se de tema de relevante impacto para a Administração Pública, não só sob o aspecto financeiro, daquilo que representa em termos de despesa pública, mas também considerando o embate jurídico que tem alimentado o tratamento da reposição de pagamentos indevidos realizados a servidores, ativos e inativos, e pensionistas. Ressalta-se que a discussão perpassa especialmente as práticas que levam a ineficiências, desperdícios do dinheiro público, não necessariamente ligadas à corrupção.

A despeito da inexistência de dados completos e da negativa em compartilhá-los com o cidadão, é possível afirmar que há somas significativas de dinheiro público tendo destino ilegal, e embora identificados, inclusive os seus beneficiários, a sua reposição tem sido afastada, na maioria dos casos, pelo Poder Judiciário e, em menor medida, pelo TCU. Algumas situações foram mencionadas ao longo deste trabalho, e os casos da CD e do SF são clássicos. Isso é grave sob o aspecto da busca de uma gestão pública eficiente e que valorize a essência do interesse público.

Aprofunda a inadequação e as contradições na tomada de decisão acerca do tema o tratamento dado pelo STF, STJ e TCU no julgamento dos casos, em que cada situação é merecedora de tratamento tão específico que se afasta das normas e contraria a lógica das próprias deliberações anteriores, utilizando-se da perspectiva de aplicação de princípios e de sobrevalorização de aspectos subjetivos das partes envolvidas. Isso torna inviável a construção de entendimentos que reflita de forma adequada a segurança jurídica e a proteção de interesses individuais, ao mesmo tempo preservando a legalidade e o interesse público.

O pagamento indevido concretiza-se na forma de ato administrativo viciado ou a partir de decisão judicial, ambos, posteriormente, invalidados, cassados, revisados. Ele se constitui com o recebimento de valores sem a devida contraprestação ou sem o respaldo legal que levou ao pagamento de determinadas quantias ao agente público ou seu beneficiário.

O dolo e a má-fé nos pagamentos indevidos levam ao dever de reposição; não há divergência doutrinária ou jurisprudencial quanto ao conteúdo dessa afirmação; embora, no que toca ao prazo para que a Administração Pública busque

a restituição, alguns entendam ser imprescritível e outros apenas afastem a aplicação do prazo decadencial de 5 (cinco) anos para declarar a invalidade do ato viciado conforme o art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999²⁹⁹.

A questão central está nos casos de pagamento indevido decorrentes de erros da Administração Pública, operacional ou de interpretação jurídica. É nessa discussão - ao que se acrescenta o retrato da mudança no tratamento da matéria nos últimos 17 anos - que a jurisprudência dos Tribunais ainda trilha caminho divergente, tanto em relação ao que configura cada um dos conceitos quanto ao pertinente às soluções dadas aos casos específicos.

Procurou-se, neste trabalho, deixar claro cada um desses erros cometidos pela Administração Pública, para se defender que a reposição dos valores só deve ser afastada, e de forma muito restrita, apenas nos casos de erro de interpretação jurídica que, à época da decisão, tenha forte sustentação, com base em pareceres ou decisões/deliberações de órgãos competentes ou unidades jurídicas especializadas, ou, ainda, em decisões judiciais de casos semelhantes. Assim, erros de interpretação, muitas vezes grosseiros, e operacionais da Administração Pública não servem de sustentação para a manutenção de atos administrativos inválidos, nem para perenizar efeitos no tempo.

Um elemento simples corrobora na sustentação desse posicionamento. Insere-se na presunção de legalidade do ato administrativo a característica de ser o mais hígido possível, o que significa dizer que a eventual concessão de um direito, ainda que implique um benefício que contenha equívoco, deve estar pautada em direito amplamente debatido, inquestionável, senão se estaria diante de decisão administrativa duvidosa, precária; incompatível com o agir da Administração Pública. Por sua vez, embora a Administração Pública deva responder pelos atos do gestor, inclusive no âmbito político, é possível identificar diversas situações em que esse agente atua em favor de interesses individuais ou corporativos, em detrimento da própria gestão pública.

É importante assinalar que não se está defendendo o descumprimento das normas, a partir da posição apresentada, mas a sua aplicação em conformidade com o sistema jurídico, em especial a observância da irretroatividade de nova

²⁹⁹ Conforme entendimento exposto no item “c”, 3.2.4 desta dissertação.

interpretação, expressamente vedada em lei, e o prazo de 5 (cinco) anos para a Administração rever o ato e recuperar os valores pertinentes, pretensão esta que pode ser exercitada a qualquer tempo nos termos da jurisprudencial atual do STF, que está sob revisão.

Esse posicionamento tem sustentação na defesa de uma lógica distinta daquela utilizada pelos defensores da preponderância dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança sobre os princípios da legalidade, da vedação ao enriquecimento ilícito, da eficiência e da supremacia do interesse público no delineamento do dever de repor os pagamentos indevidos. Enquanto aqueles justificam o posicionamento no direito individual e que a sua concretização também atenderia ao interesse público; é na preponderância dos últimos, por sua vez, que se dá, de forma genuína e efetiva, a materialização do interesse público, no sentido de que os recursos públicos serão empregados vislumbrando a promoção do interesse coletivo. Há alguma dúvida de que não exigir a reposição de pagamentos indevidos tem mais sentido em termos de proteção individual, por si só, do que exatamente com a proteção de uma suposta confiança mantida ou na boa-fé em relação ao sistema jurídico ou à atuação do próprio Estado?

A proteção do interesse individual, defendido com base em alguns dos princípios mencionados, e aqui falando especificamente da reposição de pagamentos indevidos, leva a uma disfunção clara: a apropriação do interesse público pelo privado. Aliás, esse pensamento reflete uma herança antiga – remetendo aos colonizadores – da forma de conduzir a coisa pública, da personalidade, do patrimonialismo, do “jeitinho brasileiro” de resolver as coisas, de aplicar e interpretar a lei quando se estabilizam direitos de membros de certo grupo, muitas vezes do qual se pertence.

Deve ser protegida e almejada, nas deliberações que resolvem a reposição dos pagamentos indevidos, a boa-fé no seu sentido objetivo, de valorização do agir do beneficiário, honesto, que se comporta com correção e, diante do recebimento de valor que não lhe pertence, devolve a quem de direito. Esse é o padrão esperado, e não daquele que se omite, ignora os fatos e defende a manutenção do que não lhe pertence sob o argumento de não se enriqueceu, que era verba alimentar, havia presunção de legalidade nos atos que fundamentaram os pagamentos indevidos.

Não há que se falar em segurança jurídica, proteção da confiança ou boa-fé quando o que se visa é manter os efeitos de um ato ilegal de pagamento indevido, em que claramente o interesse coletivo é atingido e minimizado. A legalidade, a eficiência e a supremacia do interesse público dão sustentação à invalidação do ato ilegal e a restauração do *status quo ante*, se adotada na conformidade da própria lei, respeitando a decadência, as garantias de defesa, a integralidade da aplicação do sistema jurídico.

Com esses mesmos fundamentos, defende-se também a reposição dos pagamentos indevidos quando decorrentes de decisões judiciais, que são posteriormente revisadas, cassadas. Se a aplicação da lei está sendo afastada em homenagem ao princípio da boa-fé e à irrepetibilidade de verba alimentar; é preciso redirecionar o entendimento para considerar o interesse coletivo, no seu sentido essencial, de valorização do interesse público e da eficiência. Aliás, é isso que fazem os países mencionados no texto, Espanha e Portugal, ao imporem por meio de leis e da jurisprudência a reposição dos pagamentos indevidos.

Por fim, é importante destacar o trâmite na Câmara dos Deputados, após aprovados no Senado Federal, dos Projetos de Lei nº 6726/2016³⁰⁰ e 6752/2016³⁰¹. Aquele projeto regulamenta o teto salarial na Administração Pública e, entre outras disciplinas, fixa a reposição dos valores pagos acima do mencionado referencial nos últimos 5 anos da ocorrência. Autorizar o pagamento de valores acima desse limite passa a ser considerado ato de improbidade administrativa, nos termos do segundo projeto. Esperam-se, de algum modo, iniciativas legislativas como essas e a contribuição efetiva do Poder Judiciário e dos demais órgãos competentes na racionalização do tratamento da coisa pública, com a consciência de que justiça se faz privilegiando o interesse público.

³⁰⁰Art. 11 do PL nº 6726, de 2016: Art. 11. Constatado equívoco, a maior ou a menor, no abatimento para fins de adequação ao limite de rendimentos, a diferença será acrescida ou descontada nos pagamentos subsequentes, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Parágrafo único. Os abatimentos equivocadamente realizados, a maior ou a menor, há mais de cinco anos não se sujeitam a revisão.

³⁰¹Art. 1º do PL nº 6752, de 2016: “Art. 1º O art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXII: ‘Art. 10. (...) XXII – autorizar o pagamento de qualquer tipo de espécie remuneratória acima do teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.’”

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, L. P. Moitinho. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; SARMENTO, Daniel (Org); BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel. *Servidor Público – Restituição de valores indevidamente recebidos*. RSDA nº 79 – julho/2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 37-83, out./dez. 1997.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte, n. 37, mar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Ética e Jeitinho Brasileiro: Por que a gente é assim? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/4/art20170410-01.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENASSE, Marcos Antonio. *Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Boookseller, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *R. Dir. Adm.* Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952*. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Brasília, 1952. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965*. Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4878.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estabelece Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992*. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997*. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.356, de 27 de dezembro de 2001*. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal e o Plano de Carreira do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10356.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 32. Brasília, 2008. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/75/AGU/2008/32.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 71. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/995596>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 72. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1019841>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. Salários no setor público versus salário no setor privado no Brasil. Brasília, 2009. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5565/1/Comunicado_n37_Sal%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 10 de abril de 2017

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público. 6. ed. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/456785/CPU_MCASP+6%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o_Republ2/fa1ee713-2fd3-4f51-8182-a542ce123773. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 981.570 – AC. Brasil, 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=981570+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.935 – PR. Brasília, 2001. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.373 – SC. Brasília, 2002. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 511.010 - RJ. Brasília, 2003. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.573.813 - SC. Brasília, 2017. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 418.220 - DF. Brasília, 2017. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 608.482 - RN. Brasília, 2017. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 488.905 - RS. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.244.182 - PB. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.220 - DF. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.447.354 - PE. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.341.308 - PB. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.521.115 - SE. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.521.115 - SE. Brasília, 2016. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.606.811 - PR. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 19.260 - DF. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 798.434 - SP. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1286774/RS. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1286774&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.190.740 – MG. Brasília, 2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1190740&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.598.380 – MG. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1598380&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.646.951 – RS. Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1646951+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.521.115 - SE. Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1521115&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18780 – RS. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em MS nº 18780/RS. Brasília, 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401116650&dt_publicacao=11/06/2012. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.569 – DF. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.259 – DF. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2831259%20ENUME%2E+OU+31259%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j58uoq7>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. Brasília, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 794.759 – SC. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28794759%20ENUME%2E+OU+794759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j4qakj9>. Acesso em

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 122.202 – Minas Gerais. Brasília, 1994. Acesso em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 490.551 – Distrito Federal. Brasília, 2010. Acesso em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.085 – Distrito Federal. Brasília, 2008. Acesso em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826085%2EENUME%2E+OU+26085%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jlab2dv>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.921 – Distrito Federal. Brasília, 2016. Acesso em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 410.946. Brasília, 2010. Acesso em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Disponível em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.641/DF. Brasília, 2008. Disponível em:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 609.381 – Goiás. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28609381%2EENUME%2E+OU+609381%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ht8wxt0>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 606.358 – SP. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/transparencia/contas-do-tcu/>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/transparencia/contas-do-tcu/>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão de 2016. Brasília, 2016. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/transparencia/contas-do-tcu/>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 106. Brasília, 1976. <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 235. Brasília, 1994. Acesso em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 249. Brasília, 2007. Acesso em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-Segecex nº 10, de 30 de março de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 204, de 1º de agosto de 2007. Brasília, 2007. Dispõe sobre a prestação de serviço extraordinário por servidores do Tribunal de Contas da União <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Normativos.faces>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/transparencia/contas-do-tcu/>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 860/2017 – TCU – Plenário. Brasil, 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 597/1992 – TCU – Plenário. Brasil, 1992. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 444/1994 – TCU – Plenário. Brasil, 1994. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1909/2003 – TCU – Plenário. Brasil, 2003. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 390/2001 – TCU – Plenário. Brasil, 2001. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 820/2007 – TCU – Plenário. Brasil, 2007. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 13.571/2007 – TCU – Segunda Câmara. Brasil, 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 6.689/2016 – TCU – Primeira Câmara. Brasil, 2016. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2602/2013 – TCU – Plenário. Brasil, 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.142/2013 – TCU – Plenário. Brasil, 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.111/2017-Plenário. Brasil, 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.112/2017-Plenário. Brasil, 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 621/2010-Plenário. Brasil, 2010. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CANDEIA, Remilson Soares. Prescrição no Sistema Tribunal de Contas. *Boletim de Direito Municipal – BDM*, São Paulo, n. 10, ano 32, out. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2014. lvi, 1285 p. ISBN 9788522487417.

CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49818>>. Acesso em: 19 maio 2017.

CAVALCANTE FILHO, José Trindade. Critérios de distinção entre atos administrativos compostos e complexos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mai. 2010.

CERUTTI, Eliza; CATALAN, Marcos. Alimentos, irrepetibilidade e enriquecimento sem causa: uma proposta de convergência de figuras aparentemente excludentes. *RIDB*, Ano 2 (2013), n. 9. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/> ISSN: 2182-756. Acesso em: 31/10/2016.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Estudo sobre o dolo no direito administrativo, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19868-19869-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Estudo sobre a culpa em Direito Administrativo, 2007b. Disponível em:

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19866-19867-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Estudo sobre a teoria do erro no direito administrativo, 2007c. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19867-19868-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14. ed. Forense, 2014.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Almedina, 2001.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-1011-3.

CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). Reposições devidas ao erário por servidores públicos. Proposta de mudança na orientação da extinta Consultoria-Geral da República e mantida por esta Instituição. Reposições devidas em virtude de decisão judicial, que, cassando liminar, julgou improcedente a ação proposta por servidores. Brasília, 1998. (Parecer nº GQ-161 do Processo nº 00400.013771/95-34).

COSTALDELLO, Angela Cassia. A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Tese de Doutorado em Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 5, fev./mar./abr. de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-ADILSON%20DALLARI.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Ed. Salvador: JusPodium, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788547201913.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 966 p. ISBN 9788522486809.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Editora Fórum*, Belo Horizonte, ano 11, n. 56, jul./ago. 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 8533615132.

ESPANHA. Lei Orgânica do Poder Judiciário nº 6, de 1º de julho de 1985. Espanha, 1985. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21614>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Lei nº 39, de 1º de outubro de 2015. Espanha, 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21614>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Lei nº 47, de 26 de novembro de 2003. Espanha, 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21614>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Real Decreto Legislativo 8, de 30 de outubro de 2015. Espanha, 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/31/pdfs/BOE-A-2015-11724.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Pamplona/Iruna. Sentença nº 000279/2016, de 15 de junho de 2016,

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Pamplona/Iruna. Sentença nº 399/2016.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Madrid. Sentença nº 399/2016. Madrid, 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Madrid. Sentença nº 115/2005. Madrid, 2005. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Madrid. Sentença nº 279/2016. Madrid, 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>. Acesso em: 10 abr. 2017

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Madrid. Sentença nº 279/2016. Madrid, 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>. Acesso em: 10 abr. 2017

ESPANHA. Tribunal Supremo. Recurso nº 1012/1997. Madrid, 1997. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Recurso nº 1663/1992. Madrid, 1992. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justiça de Madrid. Recurso nº 495/2013. Madrid, 2013. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>? Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=13>. Acesso em: 10 abr. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra; BINENBOJM, Gustavo. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. xvi, 538 p. ISBN 8530921194.

FERREIRA, Thaís Chaves Pedro. Restituição das quantias pagas indevidamente pela Administração Pública aos seus servidores. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, p. 57-70, fev. 2013.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé no Direito Administrativo. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, ano 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/2618>>. Acesso em 30 out. 2016.

- FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público: fundamentos da estabilidade do ato administrativo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 172, p. 9-32, abr. 2016.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil: obrigações* (abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002). V. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GARCIA, Emerson. A Relevância da Má-fé no Delineamento da Improbidade Administrativa. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 47-65, jul.-set. 2012.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 1101 p. ISBN 9788502076099.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. ISBN 9788502044104 (Obra completa); 9788502216600 (v. 3).
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. II*, 3. ed. Forense, 2015.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O homem cordial*. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.
- Jr., THEODORO, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 57. ed. Forense, 2016.
- KHOURI, Paulo Roque. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, 6ª edição. Atlas, 2013.
- LEAL, Emmanuel Ruck Vieira. A boa-fé no direito administrativo: a questão da devolução de salários ou proventos de forma indevida pelo Estado. Tese de mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Administrativas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013.
- MAFFINI, Rafael Da Cás. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Tese de doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.
- MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registros pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 3, n. 10, jul./set. 2005.
- MARIANO, Cynara Monteiro. A boa-fé e o direito adquirido como obstáculos ao ressarcimento ao Erário diante da rescisão de sentenças judiciais: o caso dos planos econômicos. *Revista Controle*, Fortaleza: TCE, v. 9, n. 1, jan/jun. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Processo de Conhecimento*. 12. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2015. 718 p. ISBN 9788520351062.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2000.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Pagamento indevido e Administração Pública: por uma compreensão principiológica do tema. *Fórum de Contratação da Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 102, p. 53-58, jun. 2010.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. Editora Max Limonad LTDA. São Paulo, 1986.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40ª ed. atua. Malheiros Editores. São Paulo, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. 1138 p. ISBN 978853920222-5.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 2010. Out./dez. 1997.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Volume 1. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1ª edição. 1969.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502022980.
- MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. 2010. São Paulo: Atlas, 2010.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 9788520330401.
- OLIVEIRA, Heletícia Leão de. A invalidação do ato administrativo e o conflito entre legalidade, boa-fé e segurança jurídica como fundamentos de um princípio maior: o interesse público. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 143, jan. 2013.

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=84241>>. Acesso em: 23 maio 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. *Revista JUS*, Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012.

PORTUGAL. Lei nº 98, de 26 de agosto de 1997. Portugal, 1997. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=432&tabela=leis. Acesso em: 10 abr. 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 155, de 28 de julho de 1992. Portugal, 1992. Disponível em: https://www.dgo.pt/legislacao/Documents/DecLei-155-92_28JUL-RAFE.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 442, de 15 de novembro de 1991. Portugal, 1991. Disponível em: https://www.dgo.pt/legislacao/Documents/DecLei-155-92_28JUL-RAFE.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017.

PORTUGAL. Lei nº 13, de 19 de fevereiro de 2002. Portugal, 2002. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=418&tabela=leis. Acesso em: 10 abr. 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_101/pdfs/55.pdf. Acesso em: 10 abr. 2017.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 5/6/2008 (processo nº 01212/06). Portugal, 2008. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf?OpenDatabase>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão de 6/12/2015 (processo nº 0672/2005). Portugal, 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf?OpenDatabase>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Farias. *Contabilidade Pública: Uma Abordagem da Administração Financeira e Pública*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS FILHO, Oswaldo de Souza. O erro administrativo e a devolução de valores pagos aos beneficiários do INSS. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 189-197, set./dez. 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; SARMENTO, Daniel (Org); BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesse Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; SARMENTO, Daniel (Org); BINENBOJM, Gustavo; ÁVILA, Humberto; SCHIER, Paulo Ricardo. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o*

Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, v. 2, n. 6, jul./set. 2004.

SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Nayara Crispim da. A (não) aplicabilidade do art. 304 do CPC/15 contra a Fazenda Pública. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 03, p. 201-221, jul./dez. 2016.

SILVA, Carlos Medeiros. Funcionário público – Restituição de vantagem paga indevidamente, 1963. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/21499/20244>. Acesso em: 10 abr. 2017.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. O princípio da boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399422. Acesso em: 10 abr. 2017.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Do concurso entre enriquecimento sem causa e enriquecimento ilícito na tutela do patrimônio público. *Revista JUS*, Belo Horizonte, ano 42, n. 24, p. 87-103, jan./jun. 2011.

VAZ, Daniela Verzola Vaz; Hoffmann, Rodolfo. Remuneração os serviços no Brasil: o contraste entre funcionários públicos e privados. *Revista Economia e Sociedade*, Campinas, v. 16, n. 2 (30), ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8642820>. Acesso em: 10 abr. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9788522486540.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. A Impossibilidade de Restituição ao Erário de Valores Indevidamente Recebidos por Servidores Públicos de Boa-Fé. *RSDA*, n. 81, set. 2012.

VITTA, Heraldo Garcia. Atos Administrativo. Invalidações. Classificação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 221: 257-272, jul./set. 2000.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativo*. Malheiros. 2ª ed. São Paulo, 1996.