

Renato Monteiro de Rezende

Qu estão com a qual se de fronta todos os dias o administrador público é a da repetição de quantias indevidamente recebidas por servidores. Algumas vezes, a percepção se dá com dolo do servidor, o que o sujeita não somente à restituição do que auferiu, mas também à responsabilidade administrativa e penal. Em outras ocasiões, a própria administração labora equivooco, seja de ordem material, seja interpretativa, sem que o servidor concorra para o pagamento.

É consabido que grande parte dos pagamentos indevidos efetuados pela administração se verifica na área de pessoal, motivada sobretudo pela inextricável legislação que regula os direitos e deveres dos servidores.

Objetivando resguardar a boa-fé de aposentados que, anos depois de sua inativação, têm seus atos concessórios considerados ilegais, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 106, a qual soa: “*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*”.

Insta notar, contudo, que a Súmula nº 106 foi aplicada analogicamente, durante muito tempo, a outros casos de percepção de importâncias por servidores de boa-fé, tendo o TCU alterado significativamente seu entendimento a respeito do espectro de aplicação da Súmula nº 106, com a Decisão nº 444/94 – Plenário, donde provém a Súmula nº 235, segundo a qual é obrigatória a reposição ao Erário de quantias irregulamente recebidas, ainda que comprovada a boa-fé do beneficiário.

Na forma inexistente como está redigida, a Súmula nº 235 faz tabular a rasa do princípio da segurança jurídica e vai de encontro às modernas doutrinas e jurisprudências administrativas. Por conseguinte, o verbete de reclamação revisão, como se procurará demonstrar no presente trabalho.

Escoço histórico

Como se disse, o TCU adotou, até a primeira metade da década de 1990, o entendimento de aplicar ao servidor que recebesse quantias indevidas a disciplina da Súmula nº 106, ainda que não se tratasse de aposentadorias julgadas ilegais, desde que presente a boa-fé. Todavia, já em 1992, o entendimento então reinante recebia os primeiros ataques, ensejando fosse constituída comissão para examinar a aplicabilidade da Súmula nº 106 em face do estatuído no art. 46 da Lei nº 8.112/90. O grupo de es tu

¹ Analista de Controle Externo do TCU, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

dos concluiu ser de cabida a devolução de importâncias percebidas de boa-fé presumida, eis que não teria o referido diploma legal cuída do dessa matéria, recomendando a equidade que não fosse exigida a reposição ao Erário nessas causas, mesmo para fatos ocorridos após a entrada em vigor do Estatuto de 1990.

Submetidas as conclusões ao decurso do Plenário, foram acolhidas, não obstante o posicionamento contrário do Ministério Público junto ao TCU, que considerava ter o art. 46 da Lei nº 8.112/90, ao prever as reposições e indenizações ao Erário, imposto nova disciplina, mesmo quando se cuídas de quantias recebidas de boa-fé.²

Novamente suscitada a questão, nos autos do TC nº 5.190/1993-2, o Plenário da Corte, respondendo a consulta formulada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, reafirmou a subsistência da Súmula nº 106 no regime inaugurado pela Lei nº 8.112/90, mas afirmou a extensão analógica da quele enunciado a causas ou fatos de recebimento indevido de importâncias por servidores.³

E, consagrando o novo posicionamento, nos autos do TC nº 5.961/1994-7, o Tribunal resolveu:

“Firmar nova orientação no Plenário do Tribunal de Contas da União, no sentido de afirmar que, para os pagamentos devidos de vantagens 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 8.112/90, deixando-se de aplicar a esses casos, por analogia, o Enunciado nº 106 da Súmula de jurisprudência predoeminante nesta Corte de Contas, que deverá ater-se apenas aos casos nela especificados, de julgamento, pela ilegalidade, das concessões de forma, aposentadoria e pensão, não vendendo, portanto, elastece-se sua execução”.⁴

A nova compreensão das disposições legais redundou na Súmula-TCU nº 235, segundo a qual: “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 forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula nº 106 da Jurisprudência deste Tribunal.”

Arijez espartana do referido enunciado foi, com o tempo, ganhando abrangimentos. De feito, a partir de 1996, surgiram decisões que eram dispensadas das reposições de importâncias pagas em obediência a interpretação de ato normativo regularizada por autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão. No voto que deu origem à Decisão nº 101/96 da 2ª Câmara, o Ministro Adhemar Ghisi assentiu:

“(…) não se pode desconsiderar que os responsáveis no âmbito do Poder Executivo ficaram em posição pouco confortável quando conflitavam des-

² Decisão nº 597/92 – Plenário, Sessão de 9-12-92, *DOU* de 30-12-92

³ Decisão nº 403/93 Plenário, Sessão de 8-9-93, *DOU* de 20-9-93

⁴ Decisão nº 444/94 – Plenário, Sessão de 6-7-94, *BTCU* 34/94

na tureza se instala, e é precisamente pela compreensão desse fato que este Tribunal tem se mostrado tolerante ao julgar a gestão dos administradores quando constatadas irregularidades praticadas em cumprimento à orientação proveniente de autoridade a quem devem subordinação normativa. Ora, se o administrador não é apenas do pelo ato praticado, como tratar de forma diferente terceiros beneficiados por tais atos, no caso o servidor ou pensionista? Se assim proceder ficará configurada uma pena ao beneficiário que, além de deixar de receber uma parcela de seus vencimentos ou pensão, pagas e recebidas com a presunção de legalidade, passará a devolver os valores recebidos, descontados de futuros pagamentos, já reduzidos pela ausência da parcela impugnada”.⁵

Tal exegese ganhou força nos últimos anos, e a hipótese excepcional de dispensa de ressarcimento nela contempla da (obediência a interpretação de ato normativo realizada por autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, como a Advocacia-Geral da União, o Conselho da Justiça Federal ou a antiga Secretaria de Administração Federal) foi elástica, para abranger casos em que a interpretação equivocada de dispositivos legais partisse do próprio órgão ou entidade onde ocorressem os pagamentos indevidos.⁶

Significativos foram os votos do Ministro Marcos Vilela, de li ne an do os elementos justificadores da dispensa de ressarcimento ao erário, nos casos de pagamento indevido, como o proferido no julgamento do TC nº 376.194/1996-0:

“9. Quanto aos valores, acima referidos, percebidos de boa-fé pelos servidores e inativos, em virtude de equívocas interpretações que a instituição deu aos dispositivos legais que regulavam as matérias, penso que no presente caso, excepcionalmente, deve-se dar prevalência ao princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da legalidade.

10. Necessário observar que este entendimento tem sido adotado pelo Tribunal em situações análogas, ante a presunção de legalidade dos atos administrativos que ensejaram tais pagamentos, aliada à boa-fé dos servidores e ao caráter alimentar das parcelas salariais (Decisão nº 46/96 Plenário - Ata nº 6/96; Decisão nº 101/96 2ª Câmara - Ata nº 14/96; Decisão nº 316/96 - Plenário - Ata 22/96; Decisão 412/97 - Plenário - Ata 27/97).

11. Mais evidente se mostra a boa-fé e a incidência do equívoco, quando se verifica que os referidos pagamentos já foram suspensos pela entidade.”⁷

Na ocasião, os pagamentos reprochados se deram em razão de critérios equivocados de cálculo de gratificações devidas a servidores da Universidade Federal de

⁵ Decisão nº 101/96 – 2ª Câmara, Sessão de 25-4-96, *DOU* de 7-5-96

⁶ Decisão nº 338/2000 – 2ª Câmara, Sessão de 14-9-2000, *DOU* de 25-9-2000

⁷ Acórdão nº 55/98 – Plenário, Sessão de 22-4-98, *DOU* de 5-5-98

Ouro Preto. Como se nota, foram arrolados como justificativas para a dispensa de reposição: a boa-fé de quem recebeu, o erro de interpretação da lei pelo órgão ou entidade, a presunção de legalidade do ato administrativo, o caráter alimentar dos estímulos, bem assim o princípio de segurança jurídica. Em muitos outros processos similares, acolhendo votos do Ministro Marcos Vilaça de equívoco, o Tribunal dispensou de devolução de quantias os servidores públicos (Acórdão nº 307/98 – 1ª Câmara, Acórdão nº 29/99 – Plenário, Acórdão nº 63/99 – Plenário, Acórdão nº 64/99 – Plenário, Acórdão nº 178/99 – Plenário).

A nova interpretação tem o grau acolhida tanto no âmbito das duas Câmaras, quanto no Plenário da Corte. Outros casos ilustrativos podem ser encontrados nas Decisões nº 412/97 – Plenário (Rel. Ministro Ademar Ghi si), nº 463/2000 – Plenário (Rel. Ministro Guilherme Palmeira), nº 512/2000 – Plenário (Rel. Ministro Benjamin Zymler), nº 520/2000 – Plenário (Rel. Ministro Benjamin Zymler), nº 756/2000 – Plenário (Rel. Ministro Walton Rodrigues), nº 555/2001 – Plenário (Rel. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha), nº 796/2001 – Plenário (Rel. Ministro Walton Rodrigues), como também nos Acórdãos nº 191/2000 – Plenário (Rel. Ministro Ademar Ghi si), nº 112/2000 – Plenário (Rel. Ministro Ademar Ghi si). Em alguns deles, o Tribunal chegou a determinar a reposição ao Erário, mas estabeleceu como marco inicial de sua exigibilidade a data em que restou definitiva e definitivamente dirigida pelo TCU a controvérsia sobre a interpretação dos dispositivos legais que ensejaram os pagamentos, dispensando o servidor da restituição de quantias percebidas anteriormente.

Da fragilidade dos fundamentos sobre os quais se apóia a Súmula nº 235

Feita essa exposição, convém retornar aos fundamentos da Súmula nº 235. Conforme foi historiado, o *le ading case* da exegese consagrada na que a Súmula foi a Decisão nº 403/93 – Plenário, seguindo-lhe a Decisão Administrativa nº 444/94 – Plenário. Da leitura do primeiro julgado, de preceito-se que o argumento norteador da mudança de postura que engendrou aquele enunciado foi o disposto no art. 46 da Lei nº 8.112/90, que, em sua redação original, dispunha: “As reposições e indenizações ao Erário serão descontadas em parcelas mensais, não excedentes à décima parte da remuneração ou provento, em valores atualizados.”

Entendeu-se, naquela oportunidade, que a Lei nº 8.112/90 tinha inaugurado novo regime com relação às reposições ao erário, o que colidia com a prática anteriormente adotada de se estender a aplicação da Súmula nº 106 às situações de recebimento indevido, mas de boa-fé, de valores, mesmo quando não se tratasse de aposentadorias julgadas ilegais. Aliás, rememorando o exposto supra, tal posição fora de fendida de antanho pelo Ministério Público, não sendo adotada pela Corte quando da apreciação do TC nº 20.056/1992-3.

Permissivenia, não parece estar a Súmula nº 235 erigida sobre sólido baldrame. Pode-se mesmo entender que as reposições ao Erário são, em princípio, obrigatórias a todos os servidores, mas não com base na dicção do art. 46 da Lei nº 8.112/90. Se assim fosse, as reposições (inclusive de quantias percebidas de boa-fé) seriam imperativas antes do Estatuto de 1990. Sim, porque a Lei nº 1.711/52 previa, em seu art.

125, com o mandado em tudo e por tudo se melhan te ao retro trans crito: “As re po si ções e indeniza ções à Fa zen da Pú bli ca se rão des con ta das em par ce las men sa is não ex ce den tes da dé ci ma parte do ven ci men to ou re mu ne ra ção.” O ú ni co dis tinti vo re fe re se à corr e ção mo ne tá ria, in ser ta no tex to do di plo ma le gal de 1990.

Po der se ia es tri bar a Sú mu la nº 235 no art. 964 do Có di go Ci vil, *verbis* “Todo aque le que re ce beu o que não lhe era de vi do fica obri ga do a res ti tu ir. A mes ma obri ga ção in cum be ao que re ce be dí vi da con di ci o nal an tes de cum pri da a con di ção.”

Com efe i to, tal re gra con sa gra um prin cí pio co me zi nho em Di re i to, o da pro i bi ção do en ri que ci men to sem ca u sa. É de se ob ser var, no en tan to, que o di ta me do art. 964 do Có di go Ci vil ad mi tetem pe ra men tos. O pró prio Có di go con tem pla al guns de les, co mo por exem plo o art. 221, que re za: “Em bo ra anu lá vel, ou mes mo nulo, se con tra í do de boa fé, por am bos os cõn ju ges, o ca sa men to, em re la ção a es tes co mo aos fi lhos, pro duz to dos os efe i tos ci vis até o dia da sen ten ça anu la tó ria.” Ora, sen do nulo o ca sa men to, não te ria o ma ri do, em prin cí pio, a obri ga ção de pro ver o sus ten to da es po sa. En tre tan to, não se co gi ta de se pe dir in de ni za ção ou res sar ci men to, *in casu*, ten do em vis ta a boa fé dos con tra en tes.

É ju ris pru dên cia con sa gra da a de que os ali men tos, uma vez per ce bi dos, são ir re pe tí ve is, co mo se de pre en de do se guin te ares to:

“A ju ris pru dên cia e a dou tri na as sen ta ram en ten di men to no sen ti do de que os va lo res ati nen tes à pen são ali men tí cia são in com pen sá ve is e ir re pe tí ve is, por que res ti tu í los se ria pri var o ali men ta do dos re cursos in dis pen sá ve is à pró pria man ten ça, con de nan do o as sim a ina ce i tá vel pe re ci men to. Daí que o cre dor da pes soa ali men ta da não pode opor seu cré di to, quan do exi gi da a pen são.”⁸

No jul ga do trans cri to, dis cutia se a pos si bi li da de de re pe ti ção de va lo res pa gos a ma i or pelo de ve dor de pen são, em vir tu de de lhe ter si do re co nhe ci do o di re i to à re du ção da ver ba de ví da a esse tí tu lo.

Longe de es ta be le cer a obri ga to ri e da de ir res tri ta de re pe ti ção de va lo res in devi da men te re ce bi dos, o art. 46 da Lei nº 8.112/90 so men te es ta be le ceu a for ma co mo se de ve ria pro cessar tal de vo lu ção. Se a pen as o as pe cto ob je ti vo fos se de ter mi nan te para a con fi gu ra ção do de ver de res sar ci men to, se a sim ples con sta ta ção de que a quan tia foi re ce bi da ao ar re pio da lei bas tas se pa ra ge rar a com pul so ri e da de de re po si ção, a pró pria Sú mu la nº 106 es ta ria al bergan do in ter pre ta ção con tra legem. Dessar te, o me ro re gis tro do re ce bi men to in de ví do não é su fi ci en te para fa zer nas cer a re fe ri da obri ga ção, quan do se tra tar de ver ba de na tu re za ali men tí cia. Há de se per qui rir a res pe i to da boa fé na per cep ção das im portân cias.

Dis to não res ta dú vi da: en ten der que o art. 46 da Lei nº 8.112/90 es ta be le ceu a obri ga to ri e da de de de vo lu ção de todo e qual quer va lor in de ví da men te per ce bi do por ser vi do res, mes mo de boa fé, im porta con clu ir que re fe ri da lei é con tra di tó ria. De fe i

⁸ Resp nº 5.730-3/SP, 3ª Tur ma do STJ, Rel. Mi nis tro Wal de mar Zve i ter, DJ de 1-3-93

to, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 185, § 2º, previu, com referência aos beneficiários do Plano de Seguridade Social (entre os quais aposentadoria e pensão), que: “*O recebimento indevido de benefícios havidos por fraude, dolo ou má-fé, implicará devolução ao Erário do total auferido, sempre juízo da ação penal cabível.*” Legítima, em relação ao texto citado, a interpretação a contráriosensu. Se o recebimento indevido decorrente de fraude, dolo ou má-fé implica a devolução, é razoável pensar que o recebimento de boa-fé não importaria a devolução. Do contrário, o citado parágrafo seria uma obviedade, ou estaria dizendo o mais do que de veria, ao falar em “*havidos por fraude, dolo ou má-fé*”. Mas a lei não contém as palavras inúteis.

Ainda que se descarte o menção do recurso interpretativo, outros artigos do Estatuto corroboram o posicionamento pela dispensa de reposição. Veja-se o parágrafo único do art. 219: “*Concedida a pensão, qualquer prova posterior ou habilitação tardia que implique exclusão de beneficiário ou redução de pensão só produzirá efeitos a partir da data em que for oferecida.*” *Exempligratia*, se posteriormente à concessão do benefício é proferida a sentença anulatória de casamento, nem por isso a beneficiária da pensão deixa de pelo ser vi dor terá, inevitavelmente, de devolver o que recebeu sob aquele título. Similantemente, se descobriu-se o dia em que o instituído deixou filho menor, nem por isso as quantias recebidas pelo irmão do ser vi dor, órfão e menor de 21 anos, que se habilita com base no art. 216, inciso II, alínea c, da Lei nº 8.112/90, terão de ser devolvidas ao Erário ou revertidas ao novo beneficiário. Não obstante o direito do filho do ser vi dor existir desde o falecimento deste e importar a exclusão do direito do irmão do instituído, nos termos do art. 216, inciso II, § 2º, da Lei nº 8.112/90, o ato que concede a pensão a este último, do tipo de presunção de legalidade, efetivamente produziu efeito válido – o pagamento da pensão – o qual não pode ser desconstituído.

Do tratamento dispensado ao tema pela legislação, doutrina e jurisprudência

Quando a percepção indevida de importâncias por serviços resulta de interpretação equivocada de lei por parte da Administração, a tendência histórica tem sido, no âmbito dos órgãos consultivos do Poder Executivo, a de entender dispensável o ressarcimento ao erário. No tocante à caracterização da boa-fé que sobrija a reposição, exsurge útil o magistério do grande administrador Theófilo Brandão Cavalcanti. Enquanto Consultor-Geral da República, predica a tese da dispensa. Ao examinar a concessão vantajosa financeira com fulcro em Decreto interpretativo de Lei, o qual, ao exame do Tribunal de Contas da União, mostrou-se não consentâneo com os princípios da lei interpretada, manifestou-se o ex-Ministro do STF:

“19. *Estou assim, pela nulidade das averbações, mesmo que tenham produzido efeitos patrimoniais.*

20. Quanto aos seus efeitos, isto é, quanto à reposição das vantagens recebidas em consequência da interpretação errônea dada à lei, parece-me que ela não se justifica, de momento que se incorporaram ao patrimônio dos beneficiários, que apenas beneficiaram com o erro da administração, de

acordo com interpretação dada através de decreto executivo. Houve boa-fé presumida, não se trata, portanto, de restituição do indébito, de momento que foi aplicado o Decreto vigente ao tempo do pagamento.”⁹

Na essência, o exemplo colacionado não difere dos casos atuais nos quais há Parecer da SAF ou da AGU (este com força de Decreto, quando aprovado pelo Presidente da República) que se revêla equívoco à luz de decisões deste Tribunal. É importante atentar para a referência feita à boa-fé presumida. O servidor que recebe uma gratificação com base em parecer jurídico de seu órgão, presume-se a estar recebendo de boa-fé. Não se pode pretender exigir do servidor comum o domínio de todos os conceitos jurídicos e o conhecimento de uma legislação muitas vezes inslindável até para os estudiosos mais versados em regime jurídico de servidores. Não é razoável, de certo.

OsupratranscritoposicionamentodaConsultoria-GeraldaRepúblicatem sido a tônica na que o órgão, bem assim na sua sucessora, a Advocacia-Geral da União, conforme evidenciado nos Pareceres Z-260/57 (DOU de 21-5-57), H-180/65 (DOU de 27-5-65), SR-18/86 (DOU de 24-12-86), SR-38/87 (DOU de 30-10-87), SA-21/88 (DOU de 18-8-88), GQ-114 (DOU de 26-11-96), GQ-161 (DOU de 9-9-98). Digas de menção as palavras do Dr. Sebastião Baptista Affonso:

“O servidor público que, de presumida boa-fé, venha a receber alguma vantagem financeira, em decorrência da errada interpretação ou aplicação de norma legal, por parte da Administração, sem ter influenciado ou interferido na sua concessão, independentemente de tê-la pleiteado ou não, jamais poderá vir a ser compelido, depois, a devolver aquelas importâncias, tidas por indevidamente pagas, por quanto descharacterizada a figura do indébito, em tais casos, nos quais o ato respectivo, emboravi timado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerardireitos, goza da presunção de legalidade, até advir-lhe a nulificação, de clara da pela autoridade, para tanto competente.”¹⁰

Tudo depende, em verdade, das circunstâncias dos casos concretos. A boa-fé que se presume do servidor comum não pode ser atribuída, sem maior exame, por exemplo, a um procurador de órgão que emita parecer com vistas a estender a si e a outros integrantes da carreira determinada vantagem que, por força de seu ofício, sabia ter sido concedida ilegal pelo TCU ou pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, quando o recebimento indevido decorre de simples erro no processoamento da folha de pagamentos do órgão, não é de se impor uma presunção de boa-fé por parte do servidor que não informa o setor competente a respeito do ocorrido. Ora, se o servidor exerceu um cargo em comissão por 30 dias e foi remunerado por 45, tem todas as condições de perceber o equívoco e solicitar a correção. Da mesma

⁹ Parecer nº 29 – X, DOU de 17-6-55

¹⁰ Excerto do Parecer nº AS 21/88, DOU de 18-8-88

forma se de ter mi na da par ce la de sua re mu ne ra ção so fre um acrés ci mo a brup to em cer to mês e sem mo ti vo apa ren te. Nes ses ca sos, a re po si ção jus ti fi ca-se plen a men te. Foi isso o que pre co ni zou a Ad vo ca cia-Ge ral da Uni ão:

“(…)13. Do ra ci o cí ni o ló gi co e do que se de pre en de dos pa re ce res ci ta dos, po de-se afir mar: a efe ti va pres ta ção de ser vi ço, a boa-fé no re ce bi men to da van ta gem ou ven ci men to, a er rô ne a in ter pre ta ção da lei e a mu dan ça de ori en ta ção ju rí di ca são re qui si tos in dis pens á ve is para que pos sa ser dis pen sa da a ‘re sti tu i ção de quan ti a re ce bi da in de vi da men te’. São cu mu la ti vos e não al ter na ti vos.

14. A efe ti va pres ta ção de ser vi ço é es sen ci al. Se o ser vi dor não se en qua dra na nor ma, se não pres ta efe ti va men te o ser vi ço ao qual é des ti na da a van ta gem e, ain da as sim, a re ce be, o pa ga men to é in de vi do e está su je i to à re po si ção.

15. A boa-fé é a in ten ção pu ra, is en ta de do lo, de en ga no, de ma lí cia, de es per te za com que a pes so a re ce be o pa ga men to ‘in de vi do’, cer to de que está a gi n do de a cor do com o di re i to. Se um de cre to, in ter pre tan do er ro ne a men te um dis po si ti vo le gal, man da se pa gar de ter mi na da van ta gem a cer tos ser vi do res, é evi den te que es tes a re ce be ri am de boa-fé, des de que se en qua dras sem na si tu a ção ne le des cri ta. Por ou tro la do, não se po de rá di zer que há boa-fé se, por exem plo, um ser vi dor, exer cen do um só car go em um Mi nis té rio, ti ves se, por er ro no sis te ma SI APE, seu no me in cluí do duas ve zes na lis ta da mes ma Se cre ta ria de Esta do ou na lis ta gem de dois Mi nis té ri os e re ce bes se a mes ma im por tã ncia duas ve zes. Não ha ve ria, nes te ca so, in ter pre ta ção er rô ne a da Ad mi nis tra ção e pos te ri or mu dan ça de ori en ta ção. Não ha ve ria a efe ti va pres ta ção de ser vi ço re fe ren te aos dois ven ci men tos re ce bi dos. Não ha ve ria li su ra no com por ta men to do ser vi dor que, mes mo sab en do ser ti tu lar de um só car go, re ce bes se duas ve zes pelo mes mo ser vi ço ex e cu ta do. Não a gi ria da mes ma for ma, isto é, não per ma ne ce ria ca la do se a Ad mi nis tra ção lhe fi zes se cor te em seus ven ci men tos, se lhe de i xas se de cre di tar a re mu ne ra ção de um ou mais me ses.

16. A er rô ne a in ter pre ta ção da lei deve es tar ex pres sa em um ato qual quer da Ad mi nis tra ção: uma nor ma le gal de hi e rar quia in fe ri or à lei (de cre to, por ta ria, ins tru ção nor ma ti va), um des pa cho ad mi nis tra ti vo, um pa re cer ju rí di co que ten ha for çã nor ma ti va.

Da mes ma for ma, a mu dan ça de ori en ta ção, após con sta ta do o equí vo co. (...)

18. A pos te ri or mu dan ça de ori en ta ção, o equí vo co ve ri fi ca do não in va li da o pa ga men to fe i to, se o ser vi dor se en qua dra va na si tu a ção, se o re ce beu de boa-fé. O equí vo co ve ri fi ca do tem dois efe i tos: a) es tan car o pa ga

mento que vinhasendo efetuado; **b)** negá-lo a quem, na mesma situação, não o tenha ainda recebido. Isto foi claramente demonstrado no Parecer GQ-114-97, da lavra do Dr. Geraldo Quinão.”¹¹

Como observou com percuência o parecerista, a dispensa de reposição depende da concumância dos seguintes fatos: a efetiva prestação de serviço, a boa-fé no recebimento da vantagem ou venimento, a errônea interpretação da lei e a mudança de orientação jurídica.

O antigo Tribunal Federal de Recursos se pronunciou repetidas vezes no sentido da dispensa de reposição, quando o pagamento de correção de errônea interpretação da lei (AMS nº 101.211/RJ, DJ de 9-5-85; RO nº 8.131/RS, DJ de 19-12-85; AMS nº 100.945/RJ, DJ de 20-3-86; RO nº 8.198/RS, DJ de 8-5-86).

É certo que a Administração pode legítimamente se valer de seu poder de autotutela para anular os seus atos, quando considerados ilegais. A Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal o aprova. Contudo, é sem importância ter em conta as implicações advindas do procedimento anulatório. Como noticiou o Dr. Gilmar Ferreira Mendes a respeito do hodierno Direito alienígena, em Parecer lavrado nos autos do Recurso Extraordinário nº 108.182-1/SP:

“Inicialmente, considerava a doutrina européia que os atos administrativos ilegais favoráveis (rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte) eram passíveis de revisão independentemente de qualquer providência. Discutia-se apenas sobre a eficácia ex tunc ou ex nunc do ato anulatório (Hans-Uwe Erichsen e Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin, 1983, p. 239; Laudabère, Traité de Droit Administratif, vol. I, Paris, 1973, pp. 326/327; Miguel Reale, Revoção e Anulamento do Ato Administrativo, 1980, pp. 71/72; Hely Lopes Meirelles, Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. VIII, 1984, p. 361/365).

Passou-se a entender, posteriormente, que a simples ilegalidade do ato administrativo não se mostrava suficiente para justificar a declaração de nulidade do ato administrativo, devendo levar-se em conta a aparência de legalidade e a convicção na sua legitimidade. (...)

A confiança na legitimidade das providências administrativas e a necessidade de segurança das relações jurídicas acabam por impor condições ao exercício do poder-dever de autotutela. Nesse sentido, prelecionam Erichsen e Martens que:

“O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica (Rechtssicherheit) e da paz jurídica (Rechtspflichten), dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do

¹¹ Parecer nº GQ – 161 (aprova do pelo Presidente da República em 1-9-98) DOU de 9-9-98

Esta do de Direi to, ten do, por isso, o mes mo va lor e a mes ma hi e rar quia. Daí resulta que a solu ção para um con flito con cre to entre má te ria ju rídica (Rechts gü ter) e in te res ses há de le var em con ta to das as cir cun stân ci as que o caso possa eventual men te ter’¹²

De pre en de-se, pois, que a ques tão da po si bi li da de de se con ce der efe i to *ex nunc* para a de cla ra ção de nul ti da de de atos ad mi nis tra ti vos, se gun do a dou tri na ci ta da, já está ul tra pas sa da, dan do lu gar ao ques ti o na men to so bre a pró pria des con sti tu i ção do ab em si e, não sim ples men te aos seus efe i tos. Si tu a ções ha ve ria nas qua is os prin cí pi os da le ga li da de e de se gu ran ça ju rídica co li di ri am, fa zen do-se mis ter uma op ção por part e do apli ca dor do Direi to ou, o tan to quan to fos se pos si vel, uma ten ta ti va de con ci lia ção dos bens ju rídicos em co li são, com con di cion a men to par cial de cada um dos pos tu la dos. Em ou tras pa la vras, a apli ca ção do prin cí pio da con cor dâ ncia prá ti ca de que fala J. J. Gomes Can o ti lho¹³. Re pi ta-se: mais do que a sim ples ga ran tia de in to ca bi li da de dos efe i tos já pro du zidos pe los atos in qui na dos de ile gais, a mo der na dou tri na eu ropé ia tem se in cli na do a pre sti gi ar fó rmu las pre clu si vas do po der de au to tu te la da Ad mi nis tra ção, em ho me na gem à boa-fé dos ad mi nis tra dos e à se gu ran ça ju rídica.

Os ven tos da nova dou tri na, que, diga-se de pas sa gem, já não po dem ser con si de ra dos no vi da de, tra du zi ram-se no Direi to pá tri o na Lei nº 9.784/99, que es ta be le ceu, em seu art. 54: “O di re i to da Ad mi nis tra ção de anu lar os atos ad mi nis tra ti vos de que de cor ram efe i tos fa vo rá ve is para os des ti na tá ri os de cai em cin co anos, con ta do s da data em que fo ram pra ti ca dos, sal vo com pro va da má-fé.”

Re flexos da que las con tri bu i ções dou tri ná ri as tam bém se ir ra di a ram pe lo Direi to Con sti tu cion al bra si le i ro, mais es pe ci fi ca men te na Lei nº 9.868/99, que es ta be le ceu, em seu art. 27, quan to às de ci sões do STF pro fe ri das em sede de pro ces so ob je ti vo de con trole de con sti tu cion ali da de: “A de cla ra ra in con sti tu cion ali da de de lei ou ato nor ma ti vo, e ten do em vis ta razões de se gu ran ça ju rídica ou de ex cep cion al in te res se so cial, po de rá o Su pre mo Tri bu nal Fe de ral, por ma i o ria de dois ter ços de seus mem bros, res trin gir os efe i tos da que la de cla ra ção ou de ci dir que ela só te nha efi cá cia a par tir de seu trân si to em jul ga do de ou de ou tro mo men to que ve nha a ser fi xa do.” É in tu i ti vo que, se a pró pria lei aco i ma da de in con sti tu cion al po de rá ge rar efe i tos vá li dos, quan do o STF de ci dir por res trin gir a am pli tu de tem po ral da de cla ra ção de in con sti tu cion ali da de, os atos pra ti ca dos sob a égide da que la lei, no pe rí o do em que ela ge rou efe i tos, tam bém de ve rão ser re pu ta dos vá li dos. Tem-se, por tan to, mais uma ho me na gem ao prin cí pio da se gu ran ça ju rídica. De res to, re le va ob ser var que o arti go trans cri to não fez mais do que po si ti var uma con ces são par cial à te o ria kel se ni na de va li da de nor ma que nor te ou o mo de lo de con trole de con sti tu cion ali da de da Ok to ber ver fas sung aus trí a ca de 1920.

Aliás, o Su pre mo Tri bu nal Fe de ral, bem an tes de se co gi tar da po si ti va ção, na Lei nº 9.868/99, do en ten di men to ex pos to su pra, en fren tou a pro ble má ti ca da de vo lu

¹² In te grou o re la tó ri o do Mi nis tro Os car Cor rea, no RE nº 108.182-1/SP, DJ de 24-10-86

¹³ Direi to Con sti tu cion al, 6ª ed. Co im bra: Alme di na, 1993, p. 228.

ção de valores recebidos por magistrados com base em lei que veio a ser de clara da inconstitucional na via do controle abstrato. Na quele julgado, o STF, prestigiando os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, considerou dispensável o ressarcimento, nos termos do voto do Ministro Francisco Rezek:

“Esta Corte tem jurisprudência – mos trou-a o parecer da Dra. Anadyr – no sentido de prestigiar a irreduzibilidade de judicialia poupando os seus detentores de restituir ao Erário montante inconstitucionalmente pago. Vá lá que assim seja, e, por tanto, ainda que declarada a inconstitucionalidade de retribuição ou acrescimento de lei vária – e, mais, sendo *erga omnes* os efeitos desta de claração –, não se devolve seu valor pecuniário já ingressado no patrimônio do assalariado, que é o juiz, e em geral já despendido.

Essa idéia, provavelmente erigida sobre pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê justificada quando se supõe válida a lei de terminante de tais benefícios, por que ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. Preterir vê-la subsistir mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da lei por esta Casa é um despropósito.”¹⁴

Se é certo que, neste irada Súmula nº 473 do STF e do princípio da legalidade, adoutrinatriacional perfilhou a tese de que os atos administrativos ilegais não podem gerar quaisquer efeitos, certo também é que parte da doutrina tem se insurgido contra essa inteliência. Emparecerá no TC nº 006.854/1996-6, assim se manifestou o Dr. Lucas Rocha Furtao, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU:

“Diversos doutrinadores, dentre os quais citamos Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Seabra Fagundes, admitem no âmbito do direito público a mesma graduação que é feita no direito privado em que os atos inválidos podem ser classificados em atos nulos ou anuláveis. Dessa distinção resulta a conclusão que alguns efeitos de correntes de terminação do ato, ainda que praticado em violação ao ordenamento jurídico, possam ser aproveitados.”¹⁵

Na que la oportuna de, o Tribunal, anuindo ao parecer do Ministério Público, deu provimento parcial a pedido de reexame de servidora que acumulara ilegalmente dois cargos públicos (embo ra houvesse licenciamento sem vencimentos do primeiro cargo ao tempo de posse no segundo). Embo ra tenha a firma do a ilegalidade da nova admisão, recusando-lhe o registro, a Corte de terminou fosse considerado o tempo de serviço prestado no segundo cargo para os efeitos legalmente previstos, em flagrante reconhecimento de que podem subsistir, em terminação das circunstâncias, efeitos de atos contrários à lei.

¹⁴ RE nº 122.202-6/MG, Rel. Ministro Francisco Rezek, DJ de 8-4-94

¹⁵ cf. Decisão nº 39/99 – 2ª Câmara, DOU de 9-4-99

Da necessidade de alteração da Súmula

Tendo em vista as considerações e jurisprudência colacionada supra, imperiosa se faz uma manifestação da Corte dirigida a fixar os efeitos limitados da dispensa de devoluções ao Erário. Não há como negar que, mais do que uma simplificação da Súmula nº 235, o Tribunal está deixando de aplicar o Enunciado em inúmeros casos.

Apreciando o pedido de reexame formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em processo no qual se discutia o pagamento indevido de gratificações no âmbito da quele órgão, o TCU decidiu dispensar de ressarcimento os servidores envolvidos, nos termos do voto do Ministro-Relator, que assim se manifestou:

“Parece-me, de fato, mais justo, em si tu a ções des sa na tu re za, que a devolução dos valores em devida mente pa gos deva o cor rer após ma ni fes ta ção de fi ni ti va desta Corte acerca da ile ga li da de do ato.

Como bem observa a União de Técnica, o pagamento indevido observou interpretação legal procedida por autoridade investida de competência para tanto e até que fosse de clara da ilegal pelo TCU, órgão em carrega do da fiscalização de atos dessa natureza, seria de se presumir sua legitimidade.

Não se trata aqui de infrin gir o enun ci a do da Sú mu la 235, mas tão-so men te de dar-lhe a in ter pre ta ção apro pri a da, na li nha da De ci são Plenária nº 444/94 que lhe deu ca u sa, em que os pa ga men tos in de vi dos decorreram de erros operacionais da Administração.”¹⁶

Data ve nia do racio cí nio ex pen di do pela União de Técnica na que le pro ces so, acolhi do pelo Ministro-Relator, em bor se ja in que sti o ná vel que a Sú mu la es te ja vin cu la da aos pre ce den tes que lhe de ram ori gem, o seu con te ú do de ve ri a ser in tel i gí vel por si pró prio, sem ne ces si da de de se re cor rer aos pre ce den tes para acla rá-lo. A Sú mu la ex iste pre ci sa men te para dis pen sa ra con sul ta ju ris pru den ci a l a res pe i to de tema pacifi ca do no âm bi to do ór gão jul ga dor. Se, para bem com pre en der o pen sa men to nela ex pres so, é mis ter re cor rer-se aos res tos re i te ra dos que en se ja ram sua cri a ção, a Sú mu la não está cum prin do sa tis fa to ri a men te o seu pa pel.

A po si ção sus ten ta da no ex cer to de Voto trans cri to acer ca da dis pen sa de re po si ção ao Erário co a du na-se per fe i ta men te com as re cen tes de ci sões do TCU. Entre tan to, a fi gura-se evi den te que, quan do do ad ven to da Sú mu la nº 235, o pe rou-se uma mu dan ça de en ten di men to do TCU, no rumo de con si de rar obri ga tó ria, em face do es ta tu í do no art. 46 da Lei nº 8.112/90, a re po si ção de todo e qual quer va lor in de vi da men te pa go, ain da que pre sen te a boa-fé, fos se ele pro ve ni en te de er ros o pe ra ci o na is ou in ter pre ta ti vos da le gi sla ção. Bas ta ver que, em um dos pre ce den tes da Sú mu la, ape sar de ca rac te ri za da a boa-fé e o pa ga men to re sul tar de in ter pre ta ção equi vo ca da da lei, o Tri bu n al não dis pen sou os ser vi do res de res sar ci men to. Ou tros sim, a re da ção da Sú mu la é por de ma is cla ra quan to a isso, ex cep ci o nan do ape nas os ca sos da Sú mu la nº 106.

¹⁶ Decisão nº 463/2000 – Plenário, Sessão de 7-6-2000, DOU de 23-6-2000

Estranhamente, a quase totalidade dos precedentes utilizados para fundamentar a Súmula nº 235 apenas reafirma a validade da Súmula nº 106 para as aposentadorias e pensões conside­radas ilegais, estando configurada a boa-fé (Decisões nº 476/92 – Plenário, nº 435/92 – 1ª Câmara, nº 597/92 – Plenário, nº 382/93 – 2ª Câmara), nada falando com respeito às quantias recebidas por servidores. Outro precedente, a Decisão nº 531/92 – 2ª Câmara, cuja data de aposentadoria na qual houve fraude do servidor, não se lhe aplica­do a Súmula nº 106. Das três únicas de liberações que tratam de reposições por servidores at­ivos: (i) a Decisão nº 403/93 – Plenário responde a consulta formulada pelo TRE de Santa Catarina, fixando em caráter normativo o entendimento de que é obrigatória a aplicação do art. 46 da Lei nº 8.112/90 (tiran­te a hipótese prevista na Súmula nº 106), a servidores ativos e inativos, não fazendo qualquer distinção entre pagamentos havidos por erro interpretativo ou por erro operacional da Administração; (ii) a Decisão nº 444/94 – Plenário, tratando de erro operacional, reafirma integralmente o entendimento consubstanciado na Decisão nº 403/93 – Plenário, sem limitar a obrigatoriedade de reposição aos casos de erros operacionais; (iii) por fim, a Decisão nº 204/94 – 2ª Câmara, estabelece o dever de restituir em circunstância na qual servidor havia recebido de boa-fé, mas irregularmente, parcelas remuneratórias, por erro interpretativo da administração.

Também as manifestações da Corte imediatamente posteriores à Decisão nº 444/94 – Plenário e à Súmula nº 235 corroboram a conclusão de que, ao editar o multicitado verbe­to, o TCU teve em mira nele abarcar todos os casos de percepção indevida de importâncias por servidores, mesmo as resultantes de equívoca da execução de dispositivos legais, à exceção dos casos disciplinados na Súmula nº 106. Exemplo disso se encontram os seguintes Acórdãos: nº 98/95 – Plenário, nº 43/95 – 1ª Câmara e nº 369/95 – 2ª Câmara.

A Súmula não foi criada para comportar mult­fárias interpretações. Se dá­ensas a isso, está falhando no seu objetivo. Ademais, seria no mínimo inusitado que um verbe­to fosse mais citado para se lhe negar aplicação do que para se ver em pre­gado como razão de de­cir.

Implantada originalmente no Supremo Tribunal Federal, em 1963, sob a ordemação do Ministro Victor Nunes Leal, a Súmula da Jurisprudência Pre­dominante consoli­dou-se como forma de boa ordem do ofício judicante. Sua mera citação dispensava a referência a jul­gados no mesmo sentido (previsão constante hoje do art. 102, § 4º, do Regi­mento Interno do STF). Com o passar dos anos, outros tribunais adotaram a Súmula como método de trabalho.

Quanto à inconveniência de se tentar interpretar as súmulas, dan­do-lhes um sentido ora mais abrangente, ora mais restritivo do que aquele que de flui da literalidade da proposição, nada me­lhor do que o escólio do Ministro Victor Nunes Leal, idealizador do direito sumular:

“46. Cui dan do ainda da Súmula como método de trabalho – aspecto em relação ao qual seria até in­diferente o conteúdo dos seus enunciados – é oportuno mencionar que estes não de­vem ser interpretados, isto é, es­clare-

cidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal.

47. A Súmula deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer ambigüidade, para que não falhe ao seu papel de expressar a intenção dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número.”¹⁷

Esse posicionamento já havia sido externado pelo Ministro, quando do julgamento, pelo Excelso Pretório, da Ação Rescisória nº 725:

“Os enunciados da Súmula estão sem vinculação aos precedentes, que neles se acham referidos. A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência. (...) Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula quis remediar. Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro. Este é que é o método adequado, previsto no Regimento.”¹⁸

Assim, melhor do que se tabelar uma interpretação da Súmula nº 235 mais restritiva de sua abrangência do que foi o propósito do TCU ao editá-la e do que consta na dicção do verbete, seria cancelá-la ou dar-lhe redação que abrigue o entendimento prevalente do Tribunal, o qual, sem sombra de dúvida, não corresponde ao nela expresso.

Conclusão

Afirmar-se em contrástavel que o Tribunal de Contas da União, nos últimos anos, em atenção aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, alterou sua orientação plasmada na Súmula nº 235 no tocante ao problema da devolução de quantias indevidamente recebidas por serviços públicos, em virtude de equivocada interpretação de lei pela Administração. Não se há negar que, quando da edição do referido Enunciado, o entendimento da Corte era no sentido de ser obrigatória a reposição de quaisquer valores recebidos indevidamente, excetuando a hipótese contida na Súmula nº 106. Provavelmente os precedentes da Súmula nº 235 e as decisões que lhe seguiram, ordenando a devolução mesmo em caso de erro interpretativo da administração.

De acordo com o art. 479 do Código de Processo Civil, a razão de ser de uma Súmula é a uniformização de jurisprudência. Segundo o art. 270 do Regimento Interno do TCU, a Súmula de Jurisprudência deve constituir-se de princípios ou enunciados que resumam teses, soluções e precedentes adotados reiteradamente pela Corte.

¹⁷ Passado e Futuro da Súmula do STF, *in* RDA 145/1

¹⁸ RTJ 45/69. A esse respeito, ver também AgRg nº 95.492 (RTJ 110/2002) e RE nº 109.548/MG (DJ de 6-2-87)

Desse modo, uma Súmula só se justifica em quanto veícu lo de ma ni fes ta ção de um en-
tendi mento con so li da do, cris ta li za do do Tri bu nal. Se pu lu lamos ca sos de não-aplic a-
ção do ver be te, ele per de sua ra zão de exis tir, re cla man do ou nova re da ção, na qual se-
jam ex cep ci o na das as hi pó te ses dos jul ga dos con fli tan tes com a re da ção vi gen te. Em
face dis so, não há como sub sis tir a Sú mu la nº 235 com a re da ção atu al.

A in da que se pos sam en con trar atu al men te de ci sões es par sas em sen ti do di-
ver so da ju ris pru dên cia pre do mi nan te que pro cla ma a des ne ces si da de de re po si-
ção nos ca sos de in ter pre ta ção equi vo ca da da ad mi nis tra ção, o mais re com en dá vel
se ria o can ce la men to da Sú mu la nº 235. Ela não se equi pa ra ao Ser Di vi no da cé le-
bre frase de Dos to i evs ki se gun do a qual “se Deus não exis te, tudo é per mi ti do.” A
ve ri fi ca ção da ne ces si da de de res sar ci men to ao Er á rio po de ser fe i ta, em cada caso
con cre to, como já se oc or ria an tes do ad ven to da Sú mu la nº 235, à luz do prin cí pio
da legalidade e sem olvi dar outros prin cí pios in for ma do res do Direi to pá trio,
como o da boa-fé e o da se gu ran ça ju rí di ca.