

# Parecer sobre ressarcimento ao erário dos valores referentes a aluguéis

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho

Advogado da União.

Parecer nº 872/2007

Interessado: Superintendência Federal de Agricultura em Minas Gerais

Doc. analisados: 01 a 57

Processo nº 21028.001565.2006.70

Assunto: Solicitação da Gerência Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais de ressarcimento ao erário dos valores referentes aos aluguéis do PNR nº 21, antigo PN: 01, localizado na Alameda do Café 100, Varginha/MG, ocupado pelo servidor Geraldo de Paula Xavier

Ementa: Atos da Administração – Ocupação de Imóvel Funcional – Regularização - Não Pagamento de Taxas – Ressarcimento ao erário. Descabimento. Descumprimento do dever de vigilância – Apuração de responsabilidades

**Sumário:** I Relatório - II Da residência de servidor federal em imóvel da União - III Do pagamento - IV Da apuração de responsabilidades - V Da ausência de página do processo - VI Conclusão

## I Relatório

1 Submete-se a este Núcleo de Assessoramento Jurídico, para reexame e parecer, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 73/93, processo administrativo, cujo objeto consiste na regularização de ocupação de próprio nacional nº 21, antigo PN: 01, sito a Alameda do Café, nº 1000, bairro Jardim Andere, na cidade de Varginha/MG, ocupado pelo servidor Geraldo de Paula Xavier, no período de 17.04.1995 a 30.11.2006, no valor de R\$51.737,68 (cinquenta e um mil, setecentos e trinta e sete reais e sessenta e oito centavos), conforme demonstrativo de débito de fls. 36/39.

2 O processo foi anteriormente analisado pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Belo Horizonte/MG que entendeu impossível a análise exauriente do processo, antes de respondidas as seguintes questões:

“a) Quando o imóvel foi transferido (pela Gerência Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais) para a administração do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento? Foi

- realizado termo de entrega do imóvel? Se a resposta for afirmativa, necessário juntá-lo aos autos.
- b) Quando da transferência do imóvel para o domínio da União (art. 12 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990), foi realizada vistoria no imóvel pela Gerência Regional do Patrimônio da União? Em caso afirmativo, porque não foi notificada a existência de servidor ocupando o imóvel?
- c) A cessão do imóvel para o servidor (termo de ocupação provisória de fls. 13/16) foi realizada através da interveniência da Gerência Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais? Por que o termo foi assinado pelo titular da Divisão Técnica Operacional em Minas Gerais do Departamento de Abastecimento e Preços e não pelo Procurador-chefe da Fazenda Nacional no Estado (art. 14, V do Decreto-lei nº 147/67), uma vez que o imóvel era de propriedade da União? Qual a data efetiva de formalização do termo (o termo não está datado)?
- d) Quando da transferência do imóvel para o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo (art. 1, III do Decreto nº 943/93), por que não foi notificado o servidor para pagar aluguel ou desocupar o imóvel? Havia norma específica que autorizasse a locação gratuita?
- e) No documento de fls. 11/12, o servidor ocupante do imóvel alega que o responsável pelos imóveis da Superintendência Federal de Agricultura em Minas Gerais, Sr. Jaceguai Santos Cobra, fez algumas vistorias nas unidades de Varginha/MG e jamais comunicou o ocupante da obrigatoriedade de pagar aluguel. Impende questionar se o servidor Jaceguai Santos Cobra notificou a autoridade superior quanto ao fato de que o imóvel estava ocupado por servidor do depósito. Em caso negativo, porque não o fez?
- f) O servidor continuou exercendo atividades que justificassem a necessidade de sua permanência no imóvel?”

3 Em resposta aos questionamentos do Núcleo de Assessoramento Jurídico, foram juntados aos autos os documentos de fls. 47 a 57.

## II Da residência de servidor federal em imóvel da União

4 A administração patrimonial da União é competência do

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 27, XVII, j, da Lei nº 10.683/03), que, através da Secretaria do Patrimônio da União, administra os imóveis residenciais de propriedade da União destinados à utilização pelos agentes políticos e servidores federais (art. 38, III e V do Decreto nº 6.139/07). A administração do imóvel afetado a determinado serviço público será realizada, por sua vez, pelo órgão que tenha o imóvel a seu cargo, enquanto durar a aplicação (art. 77 do Decreto-lei nº 9.790/46).

**5** Havendo conveniência para o serviço público, o órgão interessado poderá, mediante justificativa expressa, solicitar à Secretaria do Patrimônio da União a locação de próprio nacional para moradia de servidor (art. 92 do Decreto-lei nº 9.760/46). Nesta hipótese, a locação será realizada sem licitação e o locatário deverá pagar aluguel correspondente à parte utilizada do imóvel (art. 92, parágrafo único do Decreto-lei nº 9.760/46).

**6** É isento de pagamento da taxa de ocupação o servidor que ocupar o imóvel no intuito de vigiá-lo.

**7** A residência obrigatória caracteriza-se, desta forma, pela natureza ou peculiaridade do trabalho, quando indispensável, por necessidade de vigilância ou assistência constante, a residência de servidor público em imóvel de domínio da União (item 3.1. da ON GEAPN/SPU/MPOG nº 03/01). Havendo vigilância contratada 24 (vinte e quatro) horas, portanto, não há necessidade de moradia do servidor para efetuar a vigilância e guarda do bem.

**8** A competência para a lavratura do contrato de locação (ou termo de ocupação) é da Gerência Regional do Patrimônio em Minas Gerais, devendo o processo seguir os trâmites previstos na ON GEAPN/SPU/MPOG nº 03/01.

**9** A competência para representar a União no ato é do Procurador-Chefe da Fazenda Nacional no Estado, ou de Procurador da Fazenda Nacional por aquele designado (art. 14, V, do Decreto-Lei nº 147/67).

**10** Portanto, o termo de ocupação provisória celebrado entre a União e o servidor Geraldo de Paula Xavier é inválido, pelos seguintes vícios, abaixo:

- a) por incompetência do órgão (Departamento de Abastecimento e Preços), uma vez que a competência é privativa da Secretaria do Patrimônio da União,

- b) por incompetência do representante da União no ato (titular da DITOP/DAP, sr. Antônio Ernesto Coelho);
- c) por inexistência do motivo que serviu de fundamento de fato para a prática do ato, vez que não havia necessidade de vigia constante, pois que o imóvel possuía vigilância armada contratada 24 (vinte e quatro) horas.

### III Do pagamento

**11** A devolução de valores indevidamente percebidos pelos servidores é regulada pelo Parecer AGU/GQ-161, de 01.09.98, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República e que, portanto, “vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (art. 40, §1º, da LC nº 73/93).

**12** Conforme disposto no Parecer, a restituição da quantia indevidamente recebida pelo servidor somente será dispensada quando cumulativamente houver: a) a efetiva prestação de serviço; b) a boa-fé no recebimento da vantagem; c) a errônea interpretação da lei; e, d) a mudança de orientação jurídica.

**13** Transcreve-se o parecer:

#### “II - A ORIENTAÇÃO OBSERVADA PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

9. A antiga Consultoria-Geral da República, sucedida por esta Instituição, teve, por diversas vezes, oportunidade de manifestar-se sobre a questão da obrigatoriedade ou não da reposição de quantia indevida paga a servidores, em virtude de errônea ou má interpretação da lei pela Administração. Em 1955, o eminente Consultor-Geral da República Themístocles Brandão Cavalcanti, já dizia:

“20. Quanto a esses 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 se 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”. (Parecer nº X-29, D.O. 17/6/55, p. 11.894; destaquei).

10. Seguindo a esteira desse mesmo entendimento sucederam-se:

- a) Parecer Z-260/57, da lavra do Dr. A. Gonçalves de Oliveira; D.O. 21/5/57, p. 12.852 (acumulação remunerada, desnecessidade de restituição dos vencimentos percebidos de boa fé);
- b) Parecer H-180/65, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa; D.O. 27/5/65, p. 5.054 (importâncias pagas a maior - salário família. Percebidas de boa fé, não cabe a obrigação de restituir);

- c) Parecer SR-18/86, da lavra do Dr. Saulo Ramos; D.O. 24/12/86, p. 19.760 (pagamento de 13º salário a servidores celetistas em serviço no exterior. Errônea interpretação da lei por parte da Administração. Desnecessidade de restituição);
- d) Parecer SR-38/87, da lavra do Dr. Saulo Ramos; D.O. 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, da lavra do Dr. Saulo Ramos; D.O. 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).

11. *Já na vigência da Lei nº 8.112, de 1990, a Advocacia-Geral da União, mantendo a mesma orientação, pronunciou-se sobre o assunto no Parecer GQ- 114/97, da lavra do Dr. Geraldo Quintão (D.O. 26/11/96, p. 24.876/24.880), quando se examinou a questão relativa ao valor das diárias percebidas a maior, de boa-fé, por alguns servidores em estágio na Escola Superior de Guerra, em virtude de errônea interpretação da lei. Concluiu-se pelo não cabimento da restituição.*

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

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

*Isto é intuitivo e de inteira justiça.*

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

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

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

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

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

17. O conceito de pagamento indevido é muito simples, é óbvio, é cristalino: é aquele que não era devido à época em que foi feito. Ora, se o pagamento foi feito com base em um decreto, em uma portaria, em uma instrução normativa, em um parecer com força normativa, é evidente que estava lastreado em algum instrumento, até, então, válido. Não era então indevido; ao contrário, era devido em virtude da orientação adotada. Só com a nulificação, após verificado o equívoco, deixou a orientação de ser obrigatória para a Administração. Foi, por exemplo, a hipótese de que cuidou o Parecer nº CGR/CR/SA-21/88, citado na peça vestibular destes autos. O pagamento feito e, posteriormente discutido, estava baseado em um Decreto. Por isso, considerou-se que não era caso nem mesmo de repetição do indébito e não se determinou a restituição porque o pagamento foi lícito durante a vigência do decreto.

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

(...)

22. *Não é matéria do Decreto dizer se a restituição deve ou não ser efetuada. A restituição é consequência do recebimento indevido (CC, art. 964). Se é indevido ou não é questão a ser analisada e decidida caso a caso. Verificado o recebimento, mais tarde considerado indevido, passa-se a examinar se ocorreu a efetiva prestação de serviço, se houve errônea interpretação ou aplicação da lei por parte da Administração, se o pagamento estava baseado em um ato formal, se houve mudança de orientação após detectada a falha e, por último, se houve boa fé do servidor ao receber. Só então poder-se-á chegar à conclusão se o pagamento era ou não devido à época em que foi feito e sobre a obrigatoriedade ou não da restituição da quantia recebida.*

(...)

#### VI - CONCLUSÃO

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

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

(...)

PARECER: GQ - 161

NOTA: A respeito deste parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo. Em 1º.9.98. Publicado na íntegra no Diário Oficial de 9 de setembro de 1998, p.18."

### 14 O Tribunal de Contas da União ostenta semelhante posicionamento no Acórdão nº 1.909/2003 – Plenário, *verbis*:

#### Voto do Ministro Relator

Dada a relevância do tema, conheço da consulta que se cinge à necessidade de ressarcimento ou não de valores pagos a maior a servidores, que os receberam de boa-fé, em razão de interpretação equivocada da legislação por parte da Administração.

Segundo o consultante, tal situação tem gerado orientações antagônicas por parte do TCU, ora determinando o integral ressarcimento das quantias irregularmente recebidas, ora dispensando a reposição.

Até meados de 1994, as decisões eram majoritárias, no sentido de dispensar o recolhimento dos valores recebidos de boa-fé. No entanto, na sessão de 6.7.94, o Plenário, por meio da Decisão 444/94 (TC 005.961/94-7, BTCU 39/94), firmou nova orientação "no sentido de afirmar que, para 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 8.112/90, deixando-se doravante, de se aplicar a esses casos, por analogia, o Enunciado nº 106 da Súmula de jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, que deverá ater-se apenas aos casos nela especificados, de julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não devendo, portanto, elater-se sua exegese".

A reiterada aplicação dessa orientação em diversos julgamentos deu origem à Súmula 235, dispondo que "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".

Todavia, cabe reconhecer que essa orientação plenária (Decisão 444/94) e a subsequente aprovação da Súmula 235 não foram bastantes para pacificar a

questão, havendo inúmeros exemplos de dispensa da reposição ao erário, nos quais se faz alusão ao disposto na Súmula 106.

Além disso, mais recentemente, em algumas decisões adotou-se o critério de dispensar o ressarcimento das importâncias recebidas até a data em que foi dirimido o conflito de interpretação pelo Tribunal, valendo citar as Decisões 380/96 - Segunda Câmara, 463/00, 512/00, 520/00, 521/00 e 756/00, estas do Plenário.

Essas divergências apontam para a relevância do tema e necessidade de ofertar solução que delimite o campo de incidência das referidas súmulas.

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

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

*Esse entendimento é compartilhado pela Advocacia-Geral da União, tendo sido reiterada em diversos pareceres a orientação no sentido de que “as quantias recebidas ‘indevidamente’, de boa-fé, em virtude de errônea interpretação da lei pela Administração e posterior mudança de critério jurídico adotado, não precisam ser repostas, mesmo quando desconstituído o ato.” A propósito, os pareceres X-29/55, Z-260/57, H-180/65, SR-18/86, SR-38/87, GQ-114/97 e GQ-161/98.*

Nesse ponto, é importante frisar que tal entendimento não alcança os pagamentos feitos em conseqüência de liminares, posteriormente cassadas por decisões judiciais definitivas, conforme restou assente no Parecer GQ-161/98/AGU e está consignado no §2º do art. 47 da Lei 8.112/90, com a redação dada pela Lei 9.527/97.

*Ocorre, contudo, que esse entendimento é por demais amplo e tem permitido que o Erário sofra imensos e irreparáveis prejuízos.*

Em diversas situações se observa a cumplicidade dos gestores e dos órgãos jurídicos, no sentido de conceder vantagens indevidas aos servidores, as quais também os beneficiam, na expectativa de que, se o pagamento for posteriormente impugnado pelo TCU, não terão de devolver os valores, pois poderão amparar-se na tese de que houve boa-fé e errônea interpretação da lei.

Assim, com as devidas vênias, essa orientação merece ser aprimorada.

*Sem embargo, não compartilho da tese de que, por força do art. 46 da Lei 8.112/90, é obrigatória a reposição em qualquer situação.*

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

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

*Assim, cabe ao julgador, em cada caso, aferir a responsabilidade pelo indébito e o cabimento de sua reposição, em face de suas circunstâncias peculiares.*



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

*Portanto, trata-se apenas de ampliar os requisitos exigidos para a dispensa de reposição, a fim de proteger o erário e, ao mesmo tempo, preservar as situações em que essa medida é legítima.*

*A par da boa-fé e da errônea interpretação da lei, entendo que também é preciso a demonstração da existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato impugnado, bem como que esse ato comportou interpretação razoável da lei, ainda que equivocada.*

*Somente quando estiverem presentes todas essas condições será possível dispensar a reposição ao erário.*

Essa conclusão alcança também os atos de concessão julgados ilegais por outorgarem vantagens indevidas, isto é, se a concessão da vantagem não ocorreu na presença de todas as condições especificadas anteriormente, os valores recebidos indevidamente deverão ser ressarcidos.

Isso não caracteriza a negativa de incidência da Súmula 106, pois esse enunciado de jurisprudência estipula é que não há relação direta entre o julgamento pela ilegalidade das concessões e a obrigação de reposição ao erário das importâncias já recebidas, entendimento que deflui da utilização da expressão “por si só” no texto do enunciado, conforme exposto a seguir:

“Enunciado 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.” (Destacado.)

Assim, por exemplo, *uma aposentadoria concedida com vantagem ilegal, a respeito da qual já não haja dúvida, seja em razão de o TCU já haver firmado jurisprudência em um sentido, seja pela atuação do STF como intérprete último da Constituição Federal, não estará albergada pelo Enunciado 106 e, portanto, será devido o ressarcimento das importâncias indevidamente pagas ao servidor.*

Há de destacar-se, também, que, em se tratando de despesa pública, custeada pelo esforço coletivo de toda a sociedade e, por isso mesmo, jungida ao princípio da legalidade estrita, a interpretação da lei acerca da concessão de vantagens pecuniárias aos servidores deve orientar-se sempre no sentido da proteção do Erário e da sociedade-contribuinte, contra desmedidas pretensões remuneratórias, não se olvidando que o legislador, quando quer conceder vantagens, o faz de maneira clara, a dispensar, na imensa maioria dos casos, complexas e engenhosas interpretações.

*Assim, somente a partir do exame do caso concreto é que se poderá aquilatar se estão presentes as condições que autorizam a dispensa de reposição ao Erário das importâncias indevidamente recebidas, ou, em caso contrário, se as circunstâncias impõem a obrigatoriedade de reposição dos valores.*

(...)

Acórdão

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º,

inciso XVII, da Lei 8.443/92, em conhecer da consulta para respondê-la nos seguintes termos:

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;" (grifo nosso)

**15** Portanto, cabe analisar se presentes os requisitos estabelecidos no Parecer AGU/GQ-161, de 01.09.98.

a) a efetiva prestação de serviço

Conforme disposto no parecer, é a perquirição se o servidor "*presta efetivamente o serviço ao qual é destinada a vantagem*" (item 14 do parecer).

A isenção da taxa de ocupação é devida em virtude do serviço de guarda e conservação permanente do imóvel (art. 81, §3º, II do Decreto-Lei nº 9.760/46). Há que se perquirir, portanto, se o servidor prestava efetivamente serviço de guarda e conservação do imóvel.

O Chefe da UTRA/VARG-MG, através do Ofício nº 02-085/006, de 12 de junho de 2006, declara: "Os servidores do MAPA acima mencionados são responsáveis pelo estoque governamental de café existentes na unidade armazenadora de Varginha. Controlam os serviços de vigilância, limpeza, jardinagem, manutenção da rede elétrica e hidráulica de toda a unidade."

Portanto, havia a contraprestação respectiva do serviço (contraprestação feita *in natura*, isto é, através da realização das tarefas acima).

A União se beneficiou do trabalho do servidor, conforme expressamente declarado pelo chefe da UTRA/VARG-MG:

A ocupação vem desde os tempos do extinto Instituto Brasileiro do Café, visando preservar a integridade dos estoques de cafés e das benfeitorias.

(...)

Assim sendo, a Entidade (governo) e os servidores se beneficiam.

Não ressarcir o servidor pelo serviço executado seria a Administração se enriquecer às custas alheias sem causa jurídica idônea, o que é vedado, segundo princípio geral de direito amplamente reconhecido pela jurisprudência e doutrina: o Princípio da Vedação do Enriquecimento sem Causa.

Pela clareza da explicação, transcreve-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio:

Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis, não *deveriam* ser produzidos. Por isto não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. Podem produzi-los, até mesmo *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém os impugnar. É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos *nulos* e os *anuláveis*, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. É o que sucede quanto aos atos praticados pelo chamado “funcionário de fato”, ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público.

Além disto, se o ato nulo ou anulável produziu relação jurídica da qual resultaram prestações do administrado (pense-se em certos casos de permissão de uso de bem público ou de prestação de serviço público) e o administrado não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, a invalidação do ato não pode resultar em locupletamento da Administração à custa do administrado e causar-lhe um dano injusto em relação a efeitos patrimoniais passados.

Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações; (a) casos em que a invalidação do ato ocorre *antes de o administrado incorrer em despesas* suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável.

(b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, *já desenvolveu atividade dispendiosa*, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

3Em hipóteses desta ordem, *se o administrado estava de boa fé e não concorreu para o vício do ato fulminado*, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas, como, *a fortiori*, hão de ser respeitados os efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se, também que, se o administrado está a descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderia eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos, gozam de *presunção de legitimidade*. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (*vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente*), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou - como, de resto, teria de confiar.

Aliás, a solução que se vem de apontar nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, §6º, da Constituição, na qual o princípio da responsabilidade do Estado está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos *lícitos* (como o seria correta fulminação de atos inválidos).<sup>1</sup>

Ademais, não poderia ser atribuído serviço ao servidor sem a respectiva contrapartida, salvo autorização legal, conforme disposto na Lei nº 8.112/90:

Art. 4º É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.

*b) a boa-fé no recebimento da vantagem*

É de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício, sendo-lhe presumida a boa-fé caso possua justo título (art. 1201, parágrafo único), assim considerado todo ato ou negócio jurídico que em tese possa transferir a propriedade, mas que não produziu efeito por estar contaminado por algum vício.

O servidor Geraldo de Paulo Xavier era possuidor de justo título (termo de ocupação de fls. 13 a 17), e, desta forma, possui presunção de boa-fé a seu favor.

Portanto, para compeli-lo ao pagamento, há que se comprovar a existência de eventual má-fé, isto é, que o servidor conhecia o vício que tornava o ato inválido.

*c) a errônea interpretação da lei*

Este requisito é expresso “em um ato qualquer da Administração: uma norma legal de hierarquia inferior à lei (decreto, portaria, instrução

<sup>1</sup> *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 286-287.

normativa), um despacho administrativo, um parecer jurídico que tenha força normativa” (item 16 do parecer).

Na hipótese, a errônea interpretação da lei foi expressamente pela outorga do termo de ocupação provisória de unidade residencial de fls. 13/16.

*d) a mudança de orientação jurídica*

A mudança da orientação da Administração se expressa igualmente através de um ato administrativo, porém, de conteúdo contrário ao primeiro ato.

Não há, nos autos, a notificação realizada ao servidor de que a ocupação era irregular. Há, apenas, um ofício da lavra do servidor, prestando esclarecimentos sobre a ocupação do imóvel, datado de 10 de agosto de 2006.

Conforme disposto no art. 1.202, a posse do servidor somente perde o caráter de boa-fé após a notificação da irregularidade.

Uma vez que a todos é garantido o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV), o pagamento da taxa de ocupação somente é devido após o julgamento de eventual defesa apresentada pelo servidor.

Portanto, somente há que se falar de pagamento de taxa de ocupação após a notificação da irregularidade, ou, caso o servidor tenha questionado a notificação, após o julgamento administrativo do litígio.

Nos autos, não há qualquer documentação que comprove a abertura do devido processo administrativo, com abertura de contraditório e ampla defesa ao servidor e julgamento motivado da Administração, o que configuraria descumprimento direto à Lei nº 9.784/99, em especial aos artigos 2º, VII, X, 48 e 50.

**16** Vê-se, em conclusão, que o servidor atende a todos os requisitos previstos no Parecer AGU/GQ-161, de 01.09.98, razão pela qual *é indevido o ressarcimento do valor da taxa de ocupação.*

#### IV Da apuração de responsabilidades

**17** Observa-se, na hipótese, irregularidades que devem ser investigadas, a fim de se apurar eventual responsabilidade dos servidores e órgãos competentes.

**18** À Gerência Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais incumbe, nos termos do Decreto nº 6.139, de 03 de julho de 2007:

Art. 38. À Secretaria do Patrimônio da União compete:

I - administrar o patrimônio imobiliário da União e zelar por sua conservação;

V - administrar os imóveis residenciais de propriedade da União destinados à utilização pelos agentes políticos e servidores federais;

**19** No exercício da competência de administração, fiscalização e conservação dos imóveis do domínio da União, a Gerência Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais, através da servidora Rita de Cássia de Lima Carvalho, realizou vistoria no imóvel em 05 de julho de 2001 (Relatório da Vistoria nº 18/01, às fls. 52) e em 15 de dezembro de 2004 (Relatório de Vistoria nº 082/2004, às fls. 53/54). Nesta última vistoria, assina também a Sra. Chefe da Divisão de Gestão Patrimonial da GRPU/MG, Júlia Mara de Oliveira.

**20** Na primeira vistoria, a servidora responsável não relatou qualquer irregularidade (fls. 52).

**21** Na segunda vistoria, foi relatada a ocupação do PN 01 por funcionário da firma que faz a vigilância local, *in verbis*:

Existe, ainda, no terreno, três casas que estão sendo ocupadas:

f...PN 01 – Funcionário da firma que faz a vigilância no local – não paga aluguel;

**22** Verificam-se incongruentes as informações prestadas neste processo e as ocorrências relatadas nos laudos de vistoria supra, razão pela qual há que se oficiar ao Sr. Gerente Regional do Patrimônio em Minas Gerais, para que apure se houve cometimento de infração a dever funcional por parte da servidora que realizou as vistorias, uma vez que as informações do laudo contradizem as demais informações prestadas neste processo.

**23** Ademais, há que se verificar por que, decorridos mais de 10 anos da entrega do imóvel para o domínio da União, não se descobriu a ocupação irregular.

**24** A responsabilidade sobre o correto uso de imóvel entregue para uso de órgão da administração pública federal é do chefe da repartição que tenha recebido o bem, conforme disposto no art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760/67:

Art. 79. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Federal direta compete privativamente à Secretaria do Patrimônio da União - SPU. (Redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998)

§1º A entrega, que se fará mediante termo, ficará sujeita a confirmação 2 (dois) anos após a assinatura do mesmo, cabendo ao S.P.U. ratificá-la, desde que, nêsse período tenha o imóvel sido devidamente utilizado no fim para que fôra entregue.

§2º O chefe de repartição, estabelecimento ou serviço federal que tenha a seu cargo próprio nacional, não poderá permitir, sob pena de responsabilidade, sua invasão, cessão, locação ou utilização em fim diferente do que lhe tenha sido prescrito.

**25** Evidentemente que a atribuição específica é usualmente delegada para um servidor ou departamento do órgão. Por isto, há que se oficiar ao Superintendente Federal de Agricultura em Minas Gerais para que verifique se houve cometimento de infração a dever funcional por parte do (s) servidor (es) responsável (eis) pela fiscalização dos imóveis do órgão.

**26** Ademais, há que alertar a autoridade para a injustificada falha do órgão na fiscalização do imóvel, vez que o imóvel foi entregue à administração do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em 05 de julho de 2002, e até o envio do relatório do Plano de Providências da CGU (através do Ofício nº 20781/CGUMG/CGU-PR, de 04 de julho de 2006), o órgão do Ministério da Agricultura e Abastecimento no Estado não havia verificado a irregularidade.

**27** Releva-se, outrossim, a necessidade de esclarecimentos e, se for o caso, de responsabilizar também o agente, que, sem interveniência da Gerência Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais, firmou o Termo de Ocupação com o servidor, já que esta competência é do Procurador-Chefe da Fazenda Nacional no Estado, nos termos do art. 14, V do Decreto-lei nº 147/67 e não do titular da Divisão Técnica Operacional em Minas Gerais do Departamento de Abastecimento e Preços.

## V Da ausência de página do processo

Registre-se, por oportuno, a ausência no processo da folha de número 28.

## VI Conclusão

**28** Diante do exposto e ressaltando-se os aspectos de conveniência e oportunidade, não sujeitos ao crivo deste Núcleo de Assessoramento Jurídico, opina-se:

- a) pela impossibilidade de cobrança do servidor Geraldo de Paula Xavier do valor da taxa de ocupação, conforme previsto no Parecer AGU/GQ-161, de 01.09.98;
- b) sejam oficiados o Sr. Gerente Regional do Patrimônio da União em Minas Gerais e o Sr. Superintendente Federal de Agricultura em Minas Gerais, afim de que realizem os procedimentos necessários para se apurar responsabilidade dos servidores envolvidos no evento.