Processo Nº: 2021-726PP

PARECER PGE/PCA Nº 00733/2021

Ilma. Sra. Procuradora Chefe,

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta submetida à esta Procuradoria pela Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (SEGER), a fim de dar tratamento uniforme às questões relativas à prerrogativa de autotutela do Poder Público no tocante à área de pessoal.

2. Foram formulados os quesitos, a serem enfrentados por meio desta manifestação, à peça #7. Além disso, os autos foram instruídos com as Notas Técnicas de ordem da SEGER (#2 e #3).

3. É o relatório, no essencial. Passo a opinar.

II – ANÁLISE JURÍDICA

4. Conforme se depreende do Enunciado CPGE nº 10, “os processos encaminhados à Procuradoria Geraldo Estado deverão consignar, expressa e especificamente, a questão jurídica a ser apreciada, sob pena de imediata devolução dos autos ao órgão consulente”.

5. Assim, reforça-se que as orientações jurídicas externadas por esta PGE/PCA no âmbito do presente encaminhamento se limitam, unicamente, aos aspectos jurídicos da consulta realizada pela SEGER (#7).

6. É sabido que, quando os órgãos, entidades e agentes integrantes da administração pública atuam jungidos a normas de direito público, diz-se que sua atividade é desempenhada sob o denominado regime jurídico-administrativo.

7. Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 11/12), o fundamento para a existência desse princípio é o seguinte: o Estado, atualmente, tem obrigação de atingir uma série de finalidades, que a Constituição e as leis lhe indicam. Assim, para atingir tais objetivos, pontuam os autores:

> (...) é necessário que o Estado disponha de poderes não cogitados para os particulares em geral, não existentes no direito privado, o qual

> é caracterizado pela horizontalidade nas relações jurídicas, pela igualdade jurídica entre as partes. As prerrogativas que o ordenamento jurídico confere ao Estado, então, são típicas do direito público, justificam-se tão somente na estrita medida em que são necessárias para que o Estado logre atingir os fins que lhe são impostos por esse mesmo ordenamento jurídico. Frise-se que não é a administração pública que determina a finalidade de sua própria atuação, mas sim a Constituição e as leis. A administração atua estritamente subordinada à lei, como simples gestora da coisa pública, e possui poderes especiais unicamente como meios, como instrumentos para atingir os objetivos que juridicamente é obrigada a perseguir (ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo – 25 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 11/12).

8. A administração tem como princípio norteador de sua atuação, dentre outros, a autotutela. Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma constituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

9. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federou editou as súmulas de nº 346 (“a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”) e de nº 473 (“a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”).

10. Neste universo, trazendo à baila os questionamentos formulados pela Consulente à #7, importante consignar que o processo administrativo está hoje disciplinado, no âmbito federal, pela Lei nº 9.784/1999, que contém normas sobre os princípios da Administração Pública, direitos e deveres do administrado, dentre outros temas caros ao direito público, sendo a normativa geral e norteadora dos processos administrativos em geral.

11. Sedimentado o arcabouço teórico sobre o qual se funda a presente consulta, passa-se à análise pormenorizada dos questionamentos formulados pela SEGER à #7.

12. **Questionamento nº 01**: *Deve a SEGER e demais entidades estaduais que processam a sua própria folha de pessoal, doravante, adotar as premissas estabelecidas pelos Temas nºs 531 e 1.009 do Superior Tribunal de Justiça para lidar com hipóteses de ressarcimento ao Erário de valores indevidamente pagos aos servidores estaduais*?

13. A respeito da aplicabilidade dos temas nºs 531 e 1.009 do STJ, cabe, antes de tudo, uma análise sobre o valor vinculante das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

14. A partir de 2015, com a promulgação do Código de Processo Civil (CPC), o ordenamento jurídico passou a acolher, formalmente, um sistema de precedentes.

15. É dever dos Tribunais Superiores a uniformização da sua jurisprudência, na forma do art. 926 do CPC. Assim, o diploma processual define o rol de decisões passível de efeito vinculante, em seu art. 927. O inciso III do dispositivo enuncia a resolução de demandas e recursos repetitivos, dos quais são extraídos os casos afetados para julgamentos e formulação de teses jurídicas, a exemplo das extraídas dos Temas elencados na presente consulta.

16. Para fins desta análise, o principal efeito da adoção do modelo de precedentes e do efeito vinculante é, sem dúvida, a obrigatoriedade de sua observância pelos juízes e tribunais. No entanto, nada é dito quanto a observação pela Administração Pública.

17. Em que pese o silêncio do Diploma Processual Civil, é a própria Constituição Federal que confere o dever de observância, pelo Poder Público, das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, vide arts. 103-A e 102, §2º da CF.

18. Cabe mencionar, também, que o CPC traz um rol maior de hipóteses, incluída a do inciso III do art. 927, em alinho às contidas nos supracitados dispositivos constitucionais. Isto não é, porém, suficiente para afastar o dever de observância da Administração Pública às referidas decisões, na esteira do doutrinador Rafael Carvalho Rezende.

19. O direito deve ser interpretado de modo sistêmico, considerando os princípios constitucionais regentes da atividade administrativa, não apenas os previstos no art. 37 da constituição (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), mas diversos outros consagrados pela doutrina e jurisprudência, especialmente, a segurança jurídica.

20. Corrobora para a interpretação exposta o artigo 30 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que determina o dever de implementar segurança jurídica, seja pela observância de suas próprias decisões, quanto dos precedentes judiciais.

21. Mesmo se assim não fosse, a decisão administrativa contrária aos Temas questionados, uma vez levada ao Judiciário, encontraria a decisão já definida.

22. Nessa toada, é recomendável a observância pela Administração dos precedentes judiciais, a fim de manutenção da coerência e segurança do sistema jurídico de modo geral. A inobservância, por outro lado, implica na

necessidade de justificativa que demonstre a distinção do caso em análise com o precedente paradigma. Caso contrário, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, o administrado poderá levar ao Judiciário a querela, a fim de obter decisão favorável.

23. Ante ao exposto, os Temas nºs 531 e 1009 do STJ, enquanto precedentes vinculantes, devem ser observados pela Administração Pública para a decisão de casos a respeito da devolução ao erário de valores pagos indevidamente aos servidores estaduais.

24. **Questionamento nº 02**: *Basta a mera alegação de boa-fé por parte do servidor público que tenha recebido valores indevidos pela Administração Pública para exonera-lo do dever de restituição, ou também é necessária a reunião e apresentação de elementos palpáveis e objetivos para comprova-la*?

25. Enfrenta-se, em resumo, o conceito de boa-fé a ser adotado para aferir se haverá ou não devolução pelo servidor dos valores equivocadamente pagos pela Administração Pública.

26. Conforme bem delineado no Parecer Técnico da Assessoria da SEGER (#2 e #3), é vacilante a jurisprudência a respeito do tema. No entanto, tradicionalmente, são considerados dois aspectos para a definição da boa-fé: (a) o aspecto subjetivo, relacionado à *psique* do sujeito, o qual guarda plena confiança de que seu agir é pautado na legalidade e (b) o aspecto objetivo, aferido pelos atos concretos na atuação das pessoas, enquanto padrões de conduta mínimos com base na ética.

27. Não obstante as diversas correntes apresentadas, o ordenamento jurídico brasileiro tem privilegiado a boa-fé em sua acepção objetiva. Em que pese a boa-fé subjetiva ainda ter lugar em decisões judiciais, é inegável o desafio que sua utilização representa: a comprovação dos aspectos psicológicos que movem o agir, seja do gestor público, seja do administrado.

28. Entretanto, entendo que a solução da questão se encontra no texto do próprio Tema nº 1009/STJ:

> Os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, ressalvadas as hipóteses em que o servidor, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

29. Ou seja, respondendo objetivamente à questão, NÃO basta a alegação da boa-fé por parte do servidor, a ele compete COMPROVAR sua boa-fé para fazer valer a regra do Tema 1009/STJ.

30. **Questionamento nº 03**: *Os valores decorrentes de benefício ou majoração de remuneração pagos por erro administrativo de interpretação de lei ou regulamento, que tenham sido implementados após requerimento de servidor ou entidade de classe e cessados por superveniente revisão da tese administrativa que o sustentava, devem ser considerados como recebidos de boa-fé pelos interessados e declarados irrepetíveis*?

31. Versa hipótese parecida, mas não idêntica à anterior.

32. Neste caso, a boa-fé do servidor é evidente.

33. Pois, aqui o erro era de interpretação, por isso o direito lhe foi deferido. E não o foi para um único funcionário, mas lhe foi deferido porque era o entendimento da Administração na aplicação daquela lei.

34. Uma vez revisto o entendimento, a boa-fé do funcionário é evidente, NÃO lhe sendo devida a obrigação da restituição, mas apenas a cessação da percepção do benefício.

35. Ou seja, o questionamento trata da prévia existência de entendimento administrativo que sirva de base ao pleito do servidor. Nesse sentido, se o requerimento foi feito com base na tese, apenas para pleitear um direito previamente existente, não há que se falar em falta de boa-fé. Todavia, nada obsta que, **após a modificação da tese**, sejam suprimidos os pagamentos, via *ex nunc*.

36. O artigo 2º, inciso XIII, da Lei 9.784/99, veda a aplicação retroativa das interpretações jurídicas no processo administrativo. Assim, firmada nova tese, permite-se apenas a supressão dos pagamentos posteriores, mantidos inalterados e impassíveis de restituição aqueles já realizados, pois foram recebidos de boa-fé.

37. Passados os primeiros questionamentos, tendo como pano de fundo a boa-fé, passa-se aos questionamentos acerca da prescrição e decadência. Esses, como destacado no Parecer Técnico da SEGER (#2), são regulamentados pelo Decreto nº 20.910/1932.

38. **Questionamento nº 04**: *A implementação da data de prescrição de fundo de direito é indisponível e irrenunciável pela Administração*?

39. Nesta seara, versa sobre a indisponibilidade da definição da prescrição do fundo de direito.

40. A definição da prescrição de fundo de direito é encontrada no art. 1º do supramencionado decreto: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

41. Nesse sentido, o referido instituto refere-se, basicamente, ao termo *a quo* para contar o prazo quinquenal da prescrição nas ações contra a Administração Pública.

42. Embora haja previsão no Código Civil (art. 191) de possibilidade de renúncia da prescrição, esta é aplicável SOMENTE aos particulares.

43. Na seara administrativa, deve-se sempre ter em vista, como enfatizado algumas vezes na presente manifestação, os princípios administrativos e, no que tange à prescrição, há de prevalecer a supremacia do interesse público, bem como a indisponibilidade do referido interesse.

44. Frise-se, neste ponto, que a prescrição representa a perda da possibilidade de pleitear determinado direito.

45. Diferente do instituto da decadência, a prescrição não atinge o direito em si, criando no mundo jurídico o que se denomina “obrigação natural”, isto é, a dívida permanece existente, cessando apenas a possibilidade de cobrança.

46. Assim, respondendo ao questionamento, a prescrição é indisponível e irrenunciável pela Administração.

47. Compreendida a referida diferença, passo aos **questionamentos nºs 05 e 06:**

48. **Questionamento 05:** *Corre prescrição intercorrente em desfavor de servidores Interessados em processos administrativos que permaneçam sem tramitação ou impulso por parte da Administração Pública por prazo superior a 5 (cinco) anos*?

49. A Lei nº 9.784/99 regula o processo administrativo, mas não trata, especificamente, do instituto da prescrição intercorrente, a qual se dá no bojo do processo administrativo quando, após instaurado, permanece sem movimentação.

50. Não havendo lei que preveja a prescrição intercorrente em processo administrativo que trate de questões “em desfavor de servidores”, NÃO se pode fazer a aplicação da mesma.

51. **Questionamento 06:** *A prescrição de fundo de direito, se irrenunciável, impede a Administração Pública de rever, de ofício, atos administrativos que tenham prejudicado ou minorado eventual benefício a que tinha direito o servidor*?

52. Uma vez verificado o direito do servidor ou o seu não direito, subsiste o poder da administração de revisar o seu próprio ato com fundamento no poder de autotutela, restando prejudicada apenas a possibilidade de cobrança judicial, dado que a violação ao direito se renova a cada mês, cessando apenas a possibilidade de cobrança, como já respondido no questionamento nº 04.

53. **Questionamento nº 07:** *Ao se atestar a ocorrência da cláusula de exceção prevista no trecho final do art. 54 da Lei Federal nº 9.784/1999, bastaria a elisão da presunção de boa-fé objetiva do servidor, ou para se afastar a decadência, deverá ser comprovada cabalmente a má-fé do contemplado para que a autotutela possa ser exercida?*

54. Aqui, trata-se de situação diversa das anteriores, envolvendo a decadência administrativa do poder de autotutela.

55. Ainda que seja prerrogativa da administração pública, a decadência está sujeita a determinadas limitações, como a prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

56. O dispositivo preleciona que, havendo benefício ao destinatário por ato administrativo ilegal, o direito de autotutela decairá após 5 anos, caso a administração não o revise nesse período, ressalvada a comprovação de má-fé do beneficiário.

57. Mais uma vez a lei recorre à boa-fé, para ressalvar o direito do funcionário.

58. Conforme tratado inicialmente, o instituto deve ser encarado do ponto de vista objetivo, considerando os padrões de comportamento objetivamente aferíveis, os quais devem estar de acordo com um mínimo ético, respeitando deveres de confiança e lealdade.

59. Assim, o que se busca comprovar não é o desejo de se beneficiar de ato administrativo irregular, mas a existência de ato concreto que represente a contribuição do particular para a produção do ato que o beneficiou ou, ainda, a caracterização de enriquecimento ilícito pelo administrado.

60. Sobre o tema, decidiu o STF nos seguintes termos: "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". (RMS 31027)

61. Ou seja, respondendo à questão formulada, malgrado a jurisprudência não esteja consolidada a respeito do tema, parece subsistir a necessidade de que se demonstre a má-fé do servidor para que se caracterize a ressalva do art. 54 da Lei nº 9.784/99.

62. **Questionamento nº 08:** *Corre prazo decadencial quando o servidor, embora sem dolo específico, tenha contribuído, através de conduta comissiva, para a ocorrência do ato nulo ou anulável?*

63. Conforme enfatizado diversas vezes na presente manifestação, deve-se olhar para a temática da boa-fé principalmente pelo seu aspecto objetivo.

64. Nessa ordem, a má-fé deve ser compreendida enquanto comportamento deliberadamente contrário ao padrão ético mínimo estabelecido, ou seja, como

infração direta e objetiva aos princípios administrativos.

65. Via de regra, em apertada síntese, o dolo é definido pela doutrina como o elemento subjetivo de determinada conduta.

66. Agir com dolo é agir volitivamente contra a lei, desejando obter da referida ação ou omissão determinado resultado ilícito.

67. Contudo, não se pode deixar de mencionar que o estudo a respeito do dolo não se restringe à apresentada definição, mas se subdivide em outros temas, a exemplo do dolo genérico, específico e eventual.

68. Na seara do direito administrativo, principalmente no estudo da improbidade administrativa, os tribunais costumam distinguir o dolo genérico do dolo específico (*v.g. 951.389*). O primeiro consiste na mera vontade de agir contra o direito, sem necessidade de comprovação de demanda por determinado resultado. Já o dolo específico considerará a intenção do agente.

69. Em outra órbita, como já dito neste parecer, a boa-fé é compreendida enquanto instituto limitador do exercício da autotutela administrativa, impondo a decadência após 5 (cinco) anos sem que a Administração revise os seus próprios atos, hipótese que não se confunde com a deste questionamento, em especial.

70. A respeito do assunto, vem decidindo o STF do seguinte modo: em situações de flagrante inconstitucionalidade, o prazo decadencial não é aplicável, em razão de ofensa direta aos princípios constitucionais e outras normas constitucionalmente positivadas.

71. Portanto, em resposta à Consulente, atestada a má-fé, enquanto comportamento manifestamente contrário aos princípios de direito e ao mínimo exigido, bastará o dolo genérico para impedir a fluência do prazo decadencial.

72. **Questionamento nº 09:** *Corre prazo decadencial para resguardar benefício percebido por servidor, quando o ato que o originou decorra em erro operacional ou culpa de agente administrativo que se mostrem patente e induvidosamente desconformes com o regime jurídico administrativo ou em afronta à disposição legal literal e expressa?*

73. Aqui a boa-fé do beneficiado está afastada, segundo a narrativa da pergunta, há erro operacional, mas é PATENTE E INDUVIDOSAMENTE DESCONFORMES COM O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO OU EM AFRONTA À DISPOSIÇÃO LEGAL LITERAL E EXPRESSA.

74. A ninguém é dado desconhecer a lei, é princípio e norma legal.

75. Razão pela qual corre o prazo decadencial, já que não há a interrupção de sua fruição pela boa-fé do beneficiário, segundo o narrado no questionamento.

76. Deste modo, em analogia ao posicionamento do STF acima exposto, nos

casos de manifesta incongruência com o regime jurídico administrativo ou em afronta à disposição legal e expressa, havendo recebimento de benefício pelo servidor, é válida a não aplicação do prazo de decadência, uma vez que a situação pode apontar por um comportamento manifestamente contrário às diretrizes da boa-fé objetiva.

77. **Questionamento nº 10:** *É possível a caracterização da má-fé do servidor por conduta omissiva para afastamento da decadência, quando a sua falta de comunicação com a Administração Pública é decisiva para a concessão ou manutenção de benefício antes corretamente concedido, que de outra forma não se ultimaria ou se manteria?*

78. Na hipótese apresentada, em vista dos argumentos já lançados, nada obsta que tal tipo de conduta omissiva caracterize má fé, desde que comprovada a contrariedade aos padrões éticos mínimos exigidos e aos princípios jurídicos que regem o direito.

79. Assim, objetivamente, não basta a mera omissão do servidor, devendo-se comprovar, no caso concreto, a consciência de que o benefício não é mais devido e a sua não comunicação tenha por objetivo a locupletação indevida.

III – CONCLUSÃO

80. Ante o exposto, observados os limites e possibilidades fixados pela lei de regência, notadamente a Lei 9.784/99 e o sistema de precedentes, como explicitado acima, reputo respondidos os questionamentos formulados pela Consulente.

81. É o parecer, que submeto à apreciação superior.

Vitória, 23 de junho de 2021.

ARTÊNIO MERÇON
Procurador do Estado
OAB/ES Nº 4.528

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo Nº: 2021-726PP

Despacho PGE/PCA Nº 01171/2021

Aprovo, por seus próprios fundamentos, o Parecer PGE/PCA nº 00733/2021, de lavra do Ilustre Procurador do Estado **Dr. Artênio Merçon**, que respondeu os quesitos formulados pela Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos – SEGER, a fim de dar tratamento uniforme às questões relativas à prerrogativa de autotutela do Poder Público no que tange à área de pessoal.

À Subprocuradoria Geral para Assuntos Administrativos – SPGA

Vitória, 04 de agosto de 2021.

ROGER FAIÇAL RONCONI
Procurador-Chefe Adjunto – Área 1
(em substituição)
Procuradoria de Consultoria Administrativa – PCA

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 − Barro Vermelho − Vitória − ES − Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050− Fax: 27-3636-5056− e-mail: pge@pge.es.gov.br −
Website:http://www.pge.es.gov.br

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil. Assinado por ROGER FAICAL RONCONI:01988181739. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico https://pge.es.gov.br/autenticacao-de-assinatura-digital sob o código CA06C7.

2021-0GGFV5 - E-DOCS - DOCUMENTO ORIGINAL 04/08/2021 09:31 PÁGINA 1 / 2

ASSINATURA

Documento original assinado eletronicamente, conforme MP 2200-2/2001, art. 10, § 2º, por:

ROGER FAICAL RONCONI
PROCURADOR CHEFE ADJUNTO - AREA I - PCA
PGE - PCA
assinado em 04/08/2021 09:31:18 -03:00

INFORMAÇÕES DO DOCUMENTO
Documento capturado em 04/08/2021 09:31:18 (HORÁRIO DE BRASÍLIA - UTC-3)
por ROGER FAICAL RONCONI (PROCURADOR CHEFE ADJUNTO - AREA I - PCA - PGE - PCA)
Valor Legal: ORIGINAL | Natureza: DOCUMENTO NATO-DIGITAL

A disponibilidade do documento pode ser conferida pelo link: https://e-docs.es.gov.br/d/2021-0GGFV5

Processo N.º: 2021-726PP

Interessada: SEGER

Assunto: Consulta. Limites do exercício da autotutela administrativa em atos próprios da área de pessoal.

À SEGER,

No exercício da competência conferida por intermédio da Portaria PGE nº 056-S/2003, **acolho** o Despacho PGE/PCA nº 01171/2021 (peça #16), da lavra do Ilustre Procurador-Chefe Adjunto Área 1, em substituição, da Procuradoria de Consultoria Administrativa − PCA, **Dr. Roger Faiçal Ronconi,** que **aprovou, por seus próprios fundamentos,** o r. Parecer PGE/PCA nº 00733/2021 (peça #13), de autoria do Ilustre Procurador do Estado **Dr. Artênio Merçon.**

Vitória, 27 de agosto de 2021.

IURI CARLYLE DO AMARAL ALMEIDA MADRUGA
Subprocurador-Geral do Estado para Assuntos Administrativos

2021-8R3MXK - E-DOCS - DOCUMENTO ORIGINAL 27/08/2021 16:37 PÁGINA 1 / 2

ASSINATURA

Documento original assinado eletronicamente, conforme MP 2200-2/2001, art. 10, § 2º, por:

IURI CARLYLE DO AMARAL ALMEIDA MADRUGA
SUBPROCURADOR GERAL QCE-01
SPGA - PGE - GOVES
assinado em 27/08/2021 16:37:33 -03:00

INFORMAÇÕES DO DOCUMENTO
Documento capturado em 27/08/2021 16:37:33 (HORÁRIO DE BRASÍLIA - UTC-3)
por IURI CARLYLE DO AMARAL ALMEIDA MADRUGA (SUBPROCURADOR GERAL QCE-01 - SPGA - PGE - GOVES)
Valor Legal: ORIGINAL | Natureza: DOCUMENTO NATO-DIGITAL

A disponibilidade do documento pode ser conferida pelo link: https://e-docs.es.gov.br/d/2021-8R3MXK