

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 174/2010/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO Nº 04500.001725/05-58
INTERESSADO: SRH/GEX/SALVADOR
ASSUNTO: Restituição ao erário

- I - Restituição de valores pagos a maior a aposentado.
- II - Decadência e prescrição quinquenais, que atingem cada parcela, individualmente.
- III - Inteligência da Súmula da AGU nº 34

Senhor Coordenador-Geral,

- 1 -

1. Trata-se de processo administrativo por meio do qual se identificou que o valor das aposentadorias concedidas aos Srs. Adeildo Solano de Souza e Noeme de Carvalho foi calculado em proporcionalidade maior do que lhes era devido, razão pela qual se pretende a correção do benefício previdenciário e restituição daquilo que foi pago a maior.

2. A Secretaria de Recursos Humanos do MPOG submeteu à CONJUR/MPOG os seguintes questionamentos (fl. 217):

- a) todo o pagamento indevido, seja em decorrência de ato administrativo ou de decisão judicial que venha a ser revertida, que enseje reposição ao erário na forma do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, configura-se como ato ilícito, nos moldes do art. 37, § 5º, da Constituição federal de 1988, sendo a respectiva pretensão de ressarcimento imprescritível? ou
- b) nem todo pagamento indevido que enseje reposição na forma do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, constitui ato ilícito, como previsto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal?
- c) Na hipótese de a assertiva do item "b" ser verdadeira, somente no caso de o servidor beneficiado ter agido de má fé, ou, de qualquer forma,

concorrido para a despesa irregular, e, portanto, cometido ilícito, a reposição respectiva seria imprescritível?

- d) Não havendo comprovação de má fé do interessado, nem de ilicitude que lhe seja imputável, a prescrição deveria observar o prazo de 5 (cinco) anos (Decreto nº 20.910, de 1932; art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999) ou a regra geral estabelecida no Código Civil (vinte anos pelo Código de 1916 ou dez pelo atual)?
- e) Após o transcurso do prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que se inicie a reposição ao erário, na forma do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, poderá a Administração Pública solicitar a inscrição em dívida ativa da União dos valores indevidamente recebidos?

3. A CONJUR/MPOG, por meio do Parecer/MP/CONJUR/JPA/Nº 0398-3.27/2010, afirmou que a prescrição para se efetuar a reposição do erário prescreve em cinco anos (fl. 247), seja para a utilização da prerrogativa do artigo 46 da Lei 8.112/90, seja para o ajuizamento da respectiva ação de cobrança, contados da data da efetivação do pagamento indevido (fl. 251). Quanto aos requisitos que possibilitem a cobrança dos valores pagos indevidamente pela administração, reafirmou a imperatividade da Súmula da AGU nº 34, em que pese apontar para a existência de recente entendimento jurisprudencial em sentido inverso ao teor do referido enunciado sumular. Afirma que o STF e STJ têm se inclinado pela suficiência da boa fé do beneficiário para obstar a pretensão estatal de reaver aquilo que foi pago erroneamente ao servidor público.

4. Em virtude da repercussão da matéria, opinou-se pelo caminhar dos presentes autos à esta Consultoria-Geral da União para uniformização de entendimento.

5. É o suficiente à guisa de relatório. Passo a opinar.

- II -

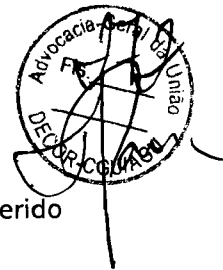
6. Primeiramente, mister pontuar que as ponderações aqui realizadas cingem-se aos questionamentos feitos, em abstrato, pela SRH/MPOG, não dispensando a análise pelo órgão jurídico setorial sobre a incidência ou não da Súmula/AGU nº 34 ao caso em concreto.

7. Acrescente-se também que não se trata aqui de dano ao erário em decorrência de conduta dolosa/culposa por parte dos beneficiários¹. Não há que se perquirir, portanto, sobre a aplicabilidade e extensão da regra do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal², não se podendo invocar, no caso dos autos, a jurisprudência do Superior Tribunal

¹ O Parecer/MP/CONJUR/JPA/Nº 0398-3.27/2010 concluiu neste mesmo sentido (vide fl. 266, item "c").

² Art. 37 - (...)





de Justiça no sentido de que a imprescritibilidade das demandas indicadas no referido dispositivo constitucional não se submete a qualquer condicionamento. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública com o fito de reaver valores pagos em excesso a vereadores municipais.
2. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Precedentes do STJ e do STF.
3. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no REsp 662.844/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, Dje 06/05/2009)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO - MULTA PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA.

1. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - O acórdão recorrido permitiu identificar completamente as teses jurídicas, cuja abstração é notória.
2. MULTA PROCESSUAL - Não se revestiram de caráter procrastinatório os embargos de declaração ajuizados. Aplicação da Súmula 98/STJ.
3. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - O recorrente não prequestionou todos os dispositivos que embasam o especial. No entanto, essa deficiência não compromete sua cognição plena, porquanto é deduzível tese jurídica abstrata, quanto à legitimidade do Ministério Público e à prescrição da pretensão ressarcitória.
4. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações civis públicas ressarcitórias é patente. A distinção entre interesse público primário e secundário não se aplica ao caso. O reconhecimento da legitimação ativa encarta-se no próprio bloco infraconstitucional de atores processuais a quem se delegou a tutela dos valores, princípios e bens ligados ao conceito republicano.
5. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - "A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível." (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, Dje 14.5.2008.) Precedente do Pretório Excelso.
Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido, tão-somente para afastar a multa processual, conservando-se o acórdão quanto à legitimidade do Ministério Público e à imprescritibilidade da pretensão.
(REsp 1069723/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, Dje 02/04/2009)

- III -

8. Descartada a imprescritibilidade do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal, tem-se que o prazo final para ajuizamento da ação de cobrança, caso os valores em debate não sejam restituídos administrativamente, nos termos do artigo 46 da lei 8.112/90, será de 5 (cinco) anos a contar do ato administrativo que consubstanciou o poder de autotutela da

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

administração pública e reviu os pagamentos realizados a maior. Recorde-se que a administração pública possui cinco anos para anular o ato ilegal, nos termos do artigo 54, da Lei n. 9.784/1999:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

9. Uma vez anulado o ato, este perde sua validade e os efeitos daí decorrentes operam-se *ex tunc*³. Surge, a partir de então⁴, a pretensão de a administração pública cobrar, judicialmente, as parcelas que foram pagas a maior. O ajuizamento de tal demanda submete-se à prescrição quinquenal, podendo alcançar o valor referente o montante pago indevidamente dentro do quinquênio que antecedeu o reconhecimento do erro de cálculo da aposentadoria.

10. Tal prazo decorre de uma construção pretoriana que foi bem delineada no acórdão do REsp 781.601/DF⁵. Alí, foi vencida a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, prevalecendo o entendimento do Ministro NILSON NAVES, segundo o qual “em se tratando de relação decorrente do Direito Público, afasta-se a aplicação do Cód. Civil e do Cód. Tributário, (...) o prazo prescricional para a cobrança de crédito de natureza administrativa deve ser fixado em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32, em obediência ao princípio da igualdade”.

11. O julgado citado ilustra o posicionamento majoritário no Superior Tribunal de Justiça, para quem, em homenagem ao princípio da isonomia, é inadmissível pretender a aplicação do prazo quinquenal quando se tratar de dívida em desfavor da administração pública, e prazo decenal (previsto no CC/2002) em se tratando de dívida em seu benefício. Com base no aludido princípio, a referida Corte assentou o entendimento de que o Decreto

³ Alcançando, evidentemente, apenas os pagamentos realizados dentro dos cinco anos anteriores à declaração de nulidade.

⁴ Termo *a quo* do lapso prescricional.

⁵ Execução. Restituição de valores indevidamente pagos a servidor público. Prescrição. Aplicação do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

1. O prazo prescricional para a cobrança de crédito de natureza administrativa é de cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32, em obediência ao princípio da igualdade.

2. Precedentes.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 781.601/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 08/03/2010).





20.910/32 estipula regra geral para as dívidas regidas pelo direito público, prescrevendo, sempre, em cinco anos. Neste mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO A IMÓVEL PÚBLICO. ACIDENTE OCACIONADO POR VEÍCULO PARTICULAR. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32.

1. O art. 1º do Decreto nº 20.910/32 dispõe acerca da prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou.

2. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

Precedentes do STJ: REsp 946.232/RS, DJ 18.09.2007; REsp 444.646/RJ, DJ 02.08.2006; REsp 429.868/SC, DJ 03.04.2006 e REsp 751.832/SC, DJ 20.03.2006.

3. In casu, a pretensão deduzida na inicial resultou atingida pelo decurso do prazo prescricional, uma vez que, inobstante o dano tenha ocorrido em 21.09.1987, a ação somente foi ajuizada em 09.02.1994, consoante se infere do excerto do voto condutor do acórdão recorrido.

4. Deveras, a lei especial convive com a lei geral, por isso que os prazos do Decreto 20.910/32 coexistem com aqueles fixados na lei civil.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1015571/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2008, Dje 17/12/2008);

ADMINISTRATIVO. EXECUTIVO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ARGÜIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ORIENTAÇÃO DESTA CORTE.

I - Consoante posicionamento do STJ, a prescrição das ações judiciais para a cobrança de multa administrativa ocorre em cinco anos, à semelhança das ações pessoais contra a Fazenda Pública, prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Em face da ausência de previsão expressa sobre o assunto, o correto não é a analogia com o Direito Civil, por se tratar de relação de Direito Público.

Precedentes: REsp nº 905932/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 28.06.2007; REsp nº 447.237/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 10.05.2006, REsp nº 539.187/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 3.04.2006 e REsp nº 436.960/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 20.02.2006.

II - Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria (AgRg no Ag nº 957.840/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Dje de 25.03.2008).

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1061001/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, Dje 06/10/2008);

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A relação de direito material que deu origem ao crédito em execução — infringência ao art. 1º do Decreto-Lei 5.998/43, que diz: "As usinas e destilarias somente podem dar saída no álcool de sua produção, quando consignado ao Instituto do Açúcar e do Alcool, ou quando sua entrega a terceiros tenha sido autorizada por esse órgão" — é regida pelo Direito Público, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil.

3. Em atenção ao princípio da isonomia, é de cinco anos o prazo para que a Administração Pública promova a execução de créditos decorrentes da aplicação de multa administrativa, se não houver previsão legal específica em sentido diverso.

4. Hipótese de execução fiscal ajuizada em fevereiro/1990, mais de cinco anos depois de encerrada, na seara administrativa (dezembro/1984), a discussão acerca da exigibilidade de auto de infração lavrado em julho/1980.

5. Recurso especial parcialmente provido, para julgar procedentes os embargos à execução, declarando-se a prescrição dos valores cobrados.

(REsp 855.694/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 29/05/2008).

11. Outro ponto a considerar é o fato de que o referido prazo prescricional atinente ao ajuizamento da respectiva ação de cobrança terá seu curso suspenso, em caso de impugnação administrativa por parte dos aposentados que vinham percebendo seus benefícios a maior. Trata-se da inteligência do artigo 4º do Decreto-lei 20.910/32⁶, *verbis*:

Art. 4º - Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apura-la.

- IV -

12. Por fim, quanto à propalada tendência jurisprudencial de eximir o beneficiado da obrigação de restituir aos cofres públicos aquilo que recebeu a maior, diante, exclusivamente, da existência de boa fé, não há como se compactuar com tal entendimento.

13. A Súmula da AGU nº 34 indica requisitos mínimos para a dispensabilidade do dever de recompor o erário, quais sejam: boa fé do beneficiário; e pagamento efetuado em virtude de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Não preenchidos tais requisitos, prevalece a regra geral que veda o enriquecimento sem causa, e reafirma a indisponibilidade do patrimônio público.

14. Salvo melhor juízo, pensar-se na boa-fé como elemento suficiente a eximir o beneficiário de recompor o erário parte da falsa premissa de que inexistem erros no âmbito da administração pública. Isto porque, à luz do pensamento invocado, qualquer pagamento a maior realizado pela administração, nas hipóteses de não concorrência de culpa por parte do beneficiário, significaria cancelar o erro, tornando-o plenamente válido e eficaz.

⁶ DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

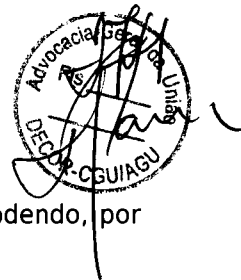
1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/32, realizado o requerimento administrativo, há a suspensão da contagem do prazo prescricional, que só se reinicia após a manifestação da Administração.

(...)

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 963029/SE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 12/5/2008).





Qualquer equívoco de digitação, por exemplo, será insuscetível de correção, podendo, por conta disto, ensejar vultosos danos ao erário.

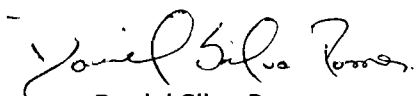
15. Não há dúvidas que esta interpretação de pretensão universalista dará espaço a hipóteses extremas, tendo-se, no futuro, de desenvolver esforços hermenêuticos que corroborem esta construção jurisprudencial por meio de uma regulamentação especial voltada à remediação das exceções construídas por suas inerentes inconsistências. Inexiste coerência nesta conduta, sendo que o entendimento sufragado administrativamente por meio da Súmula da AGU nº 34 anda bem em eximir o beneficiário do dever de restituir apenas quando sua boa fé se fizer acompanhar de uma interpretação errada da lei por parte da administração. Tal isenção é hipótese excepcional, buscando apenas garantir a segurança jurídica ao evitar que o servidor/aposentado/pensionista seja surpreendido pela mudança de interpretação que, à época, lhe era favorável.

16. A regra, contudo, deve ser preservada. Um simples erro de digitação não pode ter o condão de enriquecer seja lá quem for, em desfavor do patrimônio e interesse públicos. Na quase totalidade dos casos, onde não há concorrência do beneficiário, existirá boa fé. A impossibilidade de recomposição dos cofres públicos em virtude da mera ocorrência deste ânimo representa o sepultamento do direito de o INSS rever seus atos quando eivados de nulidade, sufragando regime jurídico incompatível com a principiologia insculpida no ordenamento jurídico brasileiro.

- V -

17. Diante destas considerações, conclui-se: pela não incidência da regra do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal ao caso dos autos; pela existência de prazo decadencial de cinco anos para a administração rever o ato concessório da aposentadoria; pela existência de prazo prescricional quinquenal para o ajuizamento, quando necessário⁷, da ação de cobrança, a contar do ato administrativo que declarou o erro de cálculo; pela manutenção do inteiro teor da Súmula da AGU nº 34.

À consideração superior.

 Brasília, 27 de abril de 2010.
Daniel Silva Passos
Advogado da União

⁷ Sobre o tema, vide, exemplificativamente, a Nota GM nº 02/2008, aprovada pelo Advogado-Geral da União em 14.02.2008.