

“DESCONTO EM FOLHA DE SERVIDOR QUE RECEBE VANTAGEM DE BOA-FÉ”

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

INTRODUÇÃO

Tivemos a oportunidade de, em fevereiro de 1995, escrever pequena monografia sobre o tema *sub-oculis*.¹ Contudo, no curso dos anos, a Administração Pública continuou a promover desconto em folha de pagamento dos seus administrados, sob os mais variados argumentos.

Tal conduta, rompe a barreira da razoabilidade e da finalidade, despontando como inconstitucional, pois não existe reserva legal que possibilite o desconto em folha do servidor público que recebe vantagem de boa-fé.

Sem dúvida nenhuma, o *thema* é envolvente, o que de certa forma nos possibilita, não só a ratificação do ponto de vista anterior, como também um aperfeiçoamento sobre a matéria, visando que o cultor do direito e o próprio servidor público tenham elementos para refletirem sobre a *quaestio*.

O artifício do desconto aleatório, ao bel-prazer da Administração Pública, se transforma na prática, em arma poderosa e perigosa, eis que é vedado o desconto em folha de pagamento dos servidores públicos que usufruam de determinadas vantagens de boa-fé, ou seja, que não tenham dado azo a equívocos ou enganos de interpretação no ato da concessão de direitos e vantagens.

A boa-fé² é a intenção pura, isenta de dolo ou engano, sempre calçada nas premissas legais.

¹ Revista “Síntese Trabalhista” nº 68/Fev/95- Editora Síntese - Porto Alegre, págs. 31/36.

² No “Vocabulário Jurídico”, de Placito e Silva, 13ª Edição, Forense, 1997, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, define a boa-fé como “a justa opinião, leal e sincera, que se tem a respeito do fato ou do ato, que se vai praticar, opinião esta tida sem malícia e sem fraude, porque, se se diz justa, é que está escoimada de qualquer vício, que lhe empane a pureza da intenção”, pág. 131. Já para Manuel Osorio, “Buena Fe” é o “convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éstos es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales”. (“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales”, 1995, Editorial Heliasta, Buenos Aires, pág. 138).

Sobre a proteção que a lei confere a todo aquele que age de boa-fé, cabe trazer à tona a autorizada visão de Plácido e Silva, para quem:

“Protege a lei todo aquele que age de boa-fé, quer rescindindo o ato, em que se prejudicou, quer mantendo aquele que deve ser respeitado, pela norma *bonae fidei actiones*.

É assim que a boa-fé provada ou deduzida de fatos que mostram sua existência, justifica a ação pessoal, pela qual se leva à consideração do juiz o pedido para que se anule o ato praticado, ou se integre àquele que agiu de boa-fé no direito, que se assegurou, quando de sua execução.”³

Destarte, sempre haverá presunção de boa-fé quando o servidor não der azo a enganos ou equívocos internos. Nesse diapasão, pergunta-se: No caso concreto do servidor que requer um benefício ou vantagem em sede administrativa, e o seu pleito é deferido, dando azo ao recebimento de vantagens pecuniárias durante alguns meses e em seguida a Administração Pública descobre que concedeu direito que não era aplicável ao servidor requerente, pode descontar em folha de pagamento meses pagos indevidamente ?

A resposta é negativa, pois ao requerer determinada vantagem, que entendia lhe ser devida, o servidor nada mais fez do que exercer o seu direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos que entendia serem lícitos e devidos, na forma do art. 5º, XXXIV, “a”, da C.F.⁴

Dessa forma, não há que se falar em má-fé daquele que requer ao poder público vantagens em defesa dos seus direitos⁵. O simples requerimento do servidor não possui o condão de enquadrar seu ato no elenco dos que cometem ato ilícito ou ilegal, pois no exercício do seu constitucional e fundamental direito de petição, age de boa-fé.

A sua má-fé se constataria se o servidor agisse sob o manto do ilícito, ou seja, prestando declaração ou fornecendo documento falso, com o nítido intuito de “camuflar” sua situação para auferir benefícios indevidos, agindo com dolo. Aí sim seria lícito o desconto na folha de pagamento do servidor que age motivado pela má-fé, somente em casos específicos, em que o inequívoco dolo esteja registrado e caracterizado, após o direito de defesa do investigado, e conforme sintonia com o inc. LV, do art. 5º, da C.F., que garante o regra do *due process of law*.

Nos demais casos, onde o simples requerimento não induz a má-fé, não é lícito a promoção do desconto em folha do servidor que recebe vantagem de boa-fé.

DO ENTENDIMENTO ADMINISTRATIVO

³ Ob. Citada, p. 131.

⁴ “XXXIV - São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, diz que “direito de petição é aquele pelo qual qualquer um faz valer junto à autoridade competente, a defesa de seus direitos ou do interesse coletivo”. (“Comentários à Constituição Brasileira”, 6ª Edição, São Paulo, 1986, Ed. Saraiva, pág. 621).

A própria Administração Pública Federal firmou entendimento de que o servidor quando recebe vantagem pecuniária de boa-fé, não está sujeito ao desconto em folha de pagamento das parcelas recebidas.

Esta orientação é plenamente aplicável aos casos em que o servidor público requer administrativamente o pagamento de férias, gratificações, incorporações etc., face à previsão constitucional do direito de petição, ressaltando, por oportuno, que a autoridade administrativa possui poderes para decidir sobre o pleito colocado sobre o seu foco de atuação.

Preocupado com os desmandos administrativos, o Tribunal de Contas da União, Órgão máximo do aposentado, cristalizou as Súmulas 105 e 106, exatamente para evitar lesão injusta e ilegal, pois a concessão de vantagens de boa-fé possuem a força motriz de evitar reposições futuras ao erário, por falta de dolo e previsão legal:

“Súmula 105 - A modificação posterior da jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério imperativo anterior.”

“Súmula 106 - O pagamento, pela ilegalidade das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade de reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.”

Na mesma esteira segue o Parecer 180-H/1965, do eminente Consultor Geral da República (doc. anexo), que assim averba sobre a matéria:

“.....

7º - Esta Consultoria Geral da República já teve a oportunidade de emitir parecer sobre a reposição de vantagens financeiras recebidas por interpretação errônea da lei. O insigne jurista Themistocles Brandão Cavalcanti, no Parecer nº 29-X, publicado no Diário Oficial da União, de 17 de junho de 1955, concluiu ser injustificável a reposição.

8º - Não vejo porque alterar esse entendimento. Ali, como aqui, houvesse boa-fé presumida e não se trata de restituição de indébito. Os efeitos patrimoniais, se incorporam no patrimônio dos beneficiários.

9º - Ressalte-se, por derradeiro, que a maioria dos militares, citados no processo, já repôs as ínfimas importâncias.

10º - Assim, não vejo motivo para modificar o entendimento desta Consultoria-Geral sobre a matéria, razão por que opino pela não restituição do excesso recebido e para o qual não contribuíram os interessados.”

Estas orientações, encontram sustentáculo não só no Parecer 180-H (DOU de 27.05.65), como nos Pareceres X-29/55 (DO de 27.05.55), Z-260/57(DOU de 21.05.57), SR-18/86 (DOU de 24.12.86) e SR-38/87(DOU de 30.10.87) e SÃ-20-87(DOU de 30.10.97), todos da Colenda Consultoria Geral da República, com aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República.

No Parecer SR-38/87, o eminente Consultor - Geral da República da época, Dr. Saulo Ramos já advertia a Administração, que a mesma está limitada a estipular regras nos vencimentos e salários dos funcionários públicos.

“Portanto, se a Constituição reservou ao domínio normativo da lei a estipulação de regras concernentes aos vencimentos e salários devidos aos servidores públicos, impedido está o Poder Executivo de em substituição ao legislador, mas em caráter inaugural e inovador, agir no plano infra-legal.”

Por fim, cabe caracterizar à colação trecho da ementa do Parecer S A- 20/87, também da lavra do ínclito Saulo Ramos, que comungando com os entendimentos anteriores, não tem dúvida em deixar fixado:

“.....
A errônea interpretação da lei, não justifica a reposição, por parte de quem a recebeu de boa-fé...” (g.n.)

O Dec. nº 58.693, de 22.06.66, que aprovou o Regimento da Consultoria Geral da República, determina efusivamente em seu Art. 22, que aprovado o parecer da CGR pelo Presidente da República, os Órgãos da Administração Federal ficam obrigados a lhe dar inteiro cumprimento, *verbis*:

“Art. 22 - Os pareceres da Consultoria Geral da República serão submetidos à aprovação da Presidência da República.

§ 1º - Se aprovado, o parecer, com o respectivo despacho presidencial encaminhado à publicação.

§ 2º - A partir da publicação do Parecer no Diário Oficial, os órgãos da Administração Federal - centralizados ou não ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.” (g.n.)

Portanto, o fiel cumprimento aos entendimentos citados anteriormente é imposição legal, não estando ao alcance da livre vontade do administrador público, que nesse campo não possui o poder discricionário de agir motivado por sentimentos próprios, pois existem determinações expressas que impossibilitam o desconto em folha do servidor que recebe vantagem de boa-fé.

Corroborando esta ótica, o Secretário da Administração Federal à época, Dr. Carlos Moreira Garcia, aprovou o Parecer CGR/CR nº 021/88, pub., no DOU de 18.08.88 (Processo nº 8200-024349/85), que ficou assim ementado:

“Reposicionamento. Restituição do indébito. Pagamento feito, a título de vencimentos ou salários, em decorrência de errada interpretação da lei ou mudança de critério da Administração, quando recebido de boa-fé, o que se presume nestes casos, tem caráter alimentar e não está sujeito à repetição. Desconstituído o ato de reposicionamento, que decorreu de reconhecido erro administrativo por ser inaplicável a EM/DASP-77/85 à carreira do policial civil, não configura indébito, sujeito a restituição, o pagamento considerado indevido, das importâncias recebidas de boa-fé. Recurso, neste sentido, que se deve prover.”

Abra-se parênteses para registrar as magistrais colocações que compõem o respectivo parecer:

“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, independente de havê-la pleiteado ou não, jamais poderá vir a ser compelido, depois, a devolver aquelas importâncias, tidas por indevidamente pagas, porquanto descaracteriza a figura do indébito, em tais casos, nos quais o ato respectivo, embora vitimado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerar direitos, goza a presunção da 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.”

A partir do momento que se define, pelos inúmeros pareceres normativos citados anteriormente, que o servidor que receber valores de boa-fé está isento de sofrer desconto em folha do que foi recebido, “salta aos olhos”, *data venia*, que qualquer ato em sentido contrário fere o direito líquido e certo dos funcionários públicos, revestindo-se em verdadeiro abuso de poder da Administração Pública.

Não se discute no caso *sub oculis* se foi ou não lícito o recebimento de determinadas parcelas, pois apenas se questiona o poder discricionário da Administração Pública mandar descontar, ao seu bel-prazer, parcelas recebidas de boa-fé, quando inúmeros pareceres aprovados pelo Exmos. Srs. Presidentes da República, vedam o desconto em tela.

O desconto em folha de pagamento é lícito, como já dito alhures, nos casos que o servidor público tenha cometido ato de improbidade administrativa ou tenha contribuído para o cometimento de equívocos que importem em concessão de vantagens ilícitas.

Nestes casos, o § 4º do Art.37 da Constituição Federal autoriza o desconto em folha, bem como pune o servidor faltoso com outras sanções, tendo em vista que a Administração Pública é formada por vários princípios, entre as quais se inscreve o da moralidade. Diz o § 4º do Art. 37 da *Lex Maior*:

“§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Sobre o ressarcimento ao erário público, José Cretella Jr., assim disserta sobre o tema:

“A terceira consequência da prática de atos de improbidade administrativa é o ressarcimento ao erário, isto apenas na hipótese de ilícito que tenha importado em lesão patrimonial aos cofres públicos, como, por exemplo, nos casos de peculato.”⁶

DA FALTA DE RESERVA DE LEI QUE AUTORIZA O DESCONTO NOS CASOS DA BOA-FÉ

A legalidade, como princípio da administração (art. 37, da C.F.), impõe ao administrador público sujeição aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, não podendo pautar seus atos *contra legem* e nem na ausência dela (princípio da restritividade), sob pena de praticar ato inválido e ficar exposto a sanções cíveis, penais e administrativas.⁷

Nessa esteira, o artigo 45 da Lei 8.112/90 disciplina que somente por imposição legal ou mandado judicial poderá ser efetuado desconto em folha de pagamento por parte da Administração, *verbis*:

“Art. 45 - Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Parágrafo Único - mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da

⁶ (In Comentários à Constituição, 1988, 2ª ed. , vol. IV, pág.2258)

⁷ Cf. Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, RT, 15ª Edição, 1989, pág. 78.

Administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento”.

Pela dicção da norma encartada, somente por imposição legal ou decisão judicial, será lícito a promoção de descontos na folha de pagamento do servidor.

Por imposição legal entende-se que seja tudo aquilo que se faz em conformidade com a lei, e segundo preceito ou regra instituída por ela.

Comentando o artigo supratranscrito, o íclito Ivan Barbosa Rigolin, em laço de extrema felicidade adverte:

“Não constitui novidade a previsão deste art. 45, *caput*, pois é tradição dos estatutos de funcionários brasileiros, e das meritórias, proteger e resguardar o vencimento dos servidores públicos de descontos arbitrários que poderiam sofrer, admitindo apenas aqueles legalmente instituídos ou, evidentemente aqueles descontos impostos à Administração contra o servidor por força de ordem judicial”⁸.

Mais à frente, o ilustre jurista arremata que a proteção que impede quaisquer descontos, se não legalmente instituídos, é medida imprescindível ao sistema remuneratório dos servidores “...sem cujo amparo poderia o servidor ver-se, vez por outra, surpreendido, ao examinar seu contracheque ou seu hollertih, por descontos instituídos através de atos administrativos, infralegais, o que afrontaria até mesmo ao princípio da legalidade que submete, por força da Constituição (Art. 37), a todos os atos administrativos.”⁹

Comungamos com a mesma hóstia do ilustre doutrinador, pois não é admissível, em hipótese alguma, que ocorra medida “confiscatória” por parte da Administração Pública, maculando o princípio da legalidade (Art. 37 da C.F.), viga de sustentação do ato administrativo.

A partir do momento em que o servidor não concorreu para a consumação de nenhum tipo de dano ou cometimento de ato que descaracterizava a boa-fé, não está sujeito ao desconto em folha de pagamento das parcelas já recebidas.

Nessa moldura, o inc. II, do art. 5º da C.F., garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Essa regra obrigatória, de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, remonta da época da Constituição de 1891 (art. 72, §1º), tendo sido consagrado em nosso direito positivo como base fundamental do estado de direito.

⁸ “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, Saraiva, 1992, pág. 107).

⁹ Oc. Citada, pág. 107/108).

No campo público, com toda sua autoridade, José Cretella Júnior aduz:

“No campo do direito público, “o agente do Estado, pelo princípio da restritividade, pode fazer apenas o que a norma jurídica o autoriza de modo expresse (...) Ato administrativo, qualquer valor que tenha, ato administrativo de qualquer hierarquia, não pode obrigar ninguém a “fazer” ou “deixar de fazer” alguma coisa. Do contrário, o texto constitucional teria dito: “em virtude de lei ou de ato administrativo (decreto, regulamento, instrução, circular, provimento, portaria, aviso).”¹⁰

Como não existe lei que determine desconto em folha de servidor que recebe determinada vantagem tida como devida no ato da concessão e posteriormente desconstituída por iniciativa interna do órgão ao qual está lotado, existe a restritividade no campo de atuação pública, pois a falta de reserva de lei é suficiente para interditar qualquer ato administrativo. Não é lícito ao administrador público transmudar-se em legislador e determinar descontos em folha de pagamento do administrado, quando a própria Lei 8.112/90, no seu art. 45, exige a previsibilidade legal capaz de ensejar a reposição ao erário. Somente com a previsão legal, ou determinação judicial será lícito a promoção de descontos em folha de pagamento do servidor público.

E por falar em determinação judicial, este soberano e arguto Poder, já teve a oportunidade de invalidar a restituição de parcelas recebidas de boa-fé, como se constata dos seguintes arestos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SERVIÇO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ.

1 - Inexistente direito adquirido à percepção de adicional de insalubridade calculado sobre o salário contratual, podendo a Administração, a qualquer tempo, corrigir a distorção, acertadamente fazendo-o incidir sobre o salário mínimo. Prevalência, na espécie, do interesse público sobre o particular.

2 - Os valores percebidos a tal título, que se presumam recebidos de boa-fé, entretanto não serão objeto de restituição.

3 - Recurso parcialmente provido”¹¹

“TRABALHISTA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO.

¹⁰ “Comentários à Constituição de 1988”, Tomo I, 1992, Forense Universitária, pág. 194/195.

¹¹ Rel. Juiz Ronaldo Ponzi, RO 91.04.05552-7, 1ª T., TRF - 4ª Região, julgado em 12/09/95, DJ de 20/12/95.

DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS RECEBIDAS POR ERRO IMPUTÁVEL AO ADMINISTRADOR.

- 1 - Incidência da súmula nº 187 do extinto Tribunal Federal de Recursos.
- 2 - Não há direito adquirido a desconto erroneamente feito. A administração tem o dever de ajustar a situação do comando legal.
- 3 - Valores recebidos de boa-fé pelo servidor não serão devolvidos.” (g.n)¹²

Com o mesmo entendimento, a então Juíza Federal da 14ª Vara-RJ, hoje componente do TRF-2ª Região, Dra. Maria Helena Cisne Cid, no MS n. 93.00272-32-2, julgou procedente o *writ* afastando, por completo, qualquer desconto em folha do servidor que recebeu vantagem de boa-fé.

E na sua fundamentação, a eminente magistrada acolheu *in totum* o parecer do membro do *parquet* federal, que ementou seu parecer da seguinte forma:

“GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE PELO DESEMPENHO DE FUNÇÃO - GADF - PERCEPÇÃO DESSA VANTAGEM POR INATIVOS COM RETROAÇÃO, POR FORÇA DE CONCESSÃO EXPLÍCITA, A VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.311, DE 1/11/92, CONVERTIDA NA LEI N. 8.538/92 CUJO ART. 5º DEU NOVA REDAÇÃO AOS §§ 1º E 2º DO ART. 14 DA LEI DELEGADA N. 13/92 - RECEBIMENTO COM PRESUMIDA BOA-FÉ, NÃO SUJEITO A RESTITUIÇÃO POR DESCONTO EM FOLHA” (G.N)¹³

Assim, o Poder Judiciário também construiu entendimento sólido da impossibilidade de desconto em folha de servidor que recebeu vantagem de boa-fé.

Alicerçado a este intransponível posicionamento, a própria Constituição Federal não confere poderes para o administrador público pautar seus atos sem a “reserva de lei”, colocando verdadeira “camisa de força”, que impede, sem dúvida nenhuma, os arbitrários descontos perpetrados em verdadeiro abuso de poder.

CONCLUSÃO

¹² RO nº 90.04.14171-5, Julg 2/6/92.

¹³ Parecer exarado nos autos do MS N. 93.27232-2, pela Procuradora da República, Dra. Valéria Gaudência Cohen, em 15 de abril de 1994.

Em face da esmagadora ótica construída pelos posicionamentos da Colenda Consultoria da República, e a expressa determinação do art. 45, da Lei 8.112/90, com eco no Poder Judiciário, concluímos que ao proceder o desconto em folha do servidor público, o administrador está exposto às sanções penais, civis e administrativas, pois não existe possibilidade legal que ampare o ato de força que acarreta nos respectivos descontos.

É necessário uma maior seriedade e respeito aos direitos fundamentais dos administrados, que estão protegidos pelo manto protetor das normas que consagram o Estado de Direito, onde o “governo da espada” foi colocado na bainha, dando lugar ao governo da lei.¹⁴

¹⁴ “Compêndio de Direito Previdenciário”, Marco Falcão Critsinelies, Messod Azulay Neto e Mauro Roberto Gomes de Mattos, Forense, 1997, pág. 409.