



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202000010025076

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

ASSUNTO: Consulta

DESPACHO Nº 108/2022 - GAB

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO.
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO
COMUM. PAC.

1 – Caráter exemplificativo do rol de condutas tipificadas pelo art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

1.1 – A indevida percepção de parcela remuneratória pode configurar, em tese, ato de improbidade administrativa.

2 – O ônus probatório da boa-fé, para fins de ressarcimento ao erário decorrente de erro operacional ou de cálculo, em consonância com a tese fixada pelo Tema nº 1009 dos Recursos Repetitivos do STJ. Complementação ao Despacho Referencial nº 903/2021-GAB.

2.1 – Cabe ao servidor a comprovação de sua boa-fé, não incidindo presunção de boa-fé para afastar o ressarcimento pelo pagamento indevido que decorra de erro operacional ou de cálculo.

2.2 – Independentemente da produção de provas pelo servidor, a autoridade administrativa deve avaliar eventual ocorrência de boa-fé, a partir dos elementos objetivos apresentados pelo caso concreto.

2.3 – A ausência de boa-fé, que fora investigada unicamente para fins de ressarcimento decorrente de erro operacional

ou de cálculo, não implica em automático reconhecimento de má-fé ou dolo.

3 – Inexistência de dever de restituição proporcional do décimo terceiro salário recebido.

3.1 – Aplicação do regime de transição fixado pelo Despacho nº 658/2018-GAB.

4 – Despacho Referencial.

1. Autos impulsionados pelo **Despacho nº 5991/2021-SGI** ([000023896889](#)), da Superintendência de Gestão Integrada da Secretaria de Estado da Saúde, para pronunciamento jurídico acerca dos aspectos formais e materiais de processo administrativo comum, instaurado em face de ex-servidora outrora ocupante do cargo de Médica, com o objetivo de devolução de parcela remuneratória recebida indevidamente.

2. Constan no autos, de mais relevante, os seguintes documentos: *i*) **Portaria nº 38/2020-SES** ([000014403320](#)), que instaurou o processo administrativo comum; *ii*) citação ([000015951960](#)); *iii*) defesa ([000016080050](#)); *iv*) planilha de cálculo ([000016383644](#)) e respectivo resumo ([000016384279](#)); e, *v*) alegações finais ([000016922515](#)).

3. Pelo **Relatório Final nº 28/2021-CPAR** ([000023431632](#)), a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização concluiu que a ex-servidora deveria, conforme a sistemática do art. 97, §§ 6º e 7º, da Lei nº 20.756/2020, devolver o valor atualizado correspondente ao que recebeu a título de 13º (décimo terceiro) salário em fevereiro de 2013, na proporção de 3/12 (três doze avos), relativa ao período em que passou a gozar de licença para interesse particular (desde outubro de 2013).

4. A Procuradoria Setorial se pronunciou pelo **Parecer nº 1025/2021-PROCSET** ([000024559844](#)), concluindo que: *i*) a pretensão administrativa de ressarcimento encontra-se fulminada pela prescrição; *ii*) ainda que não seja reconhecida a prescrição, não há elementos indicativos de má-fé da denunciada, sendo presumida sua boa-fé objetiva, o que afasta o dever de ressarcimento; *iii*) descabida a instauração de processo administrativo disciplinar, pois a suposta lesão ao erário é decorrente de equívoco perpetrado pela Administração Pública. Ao final, submeteu a questão à apreciação superior, notadamente acerca da conduta da denunciada estar (ou não) tipificada na Lei de Improbidade Administrativa.

5. Com o relato, passo à fundamentação jurídica. E, para melhor dialeticidade, serão abordadas todas as razões expostas no opinativo acerca da questão jurídica referencial a ser apreciada.

6. A presente manifestação será, assim, desenvolvida em três partes. Inicialmente (*itens 8 a 18*), analisar-se-á a exaustividade dos tipos definidos no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), ponto em que a manifestação

opinativa há de ser ressalvada. Em seguida (*itens 19 a 34*), o **Despacho nº 903/2021-GAB** desta instituição será complementado no que tange aos resultados do Tema nº 1009 dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com enfoque no ônus probatório da boa-fé do servidor na percepção da parcela remuneratória; e, neste aspecto, o opinativo não deve ser acolhido. Também, será analisada a ausência de boa-fé e a caracterização de improbidade, com esclarecimentos sobre a matéria. Num terceiro ensejo (*itens 35 a 43*), o caso concreto será enfrentado à luz de pronunciamento geral estampado no **Despacho nº 658/2018-GAB**, e reconhecida a inexigibilidade do ressarcimento por fundamento diverso ao exposto na peça de opinião. Ao final (*item 44*), as orientações aqui lançadas serão sistematizadas em proposições objetivas.

7. Ainda em caráter propedêutico, faço breves considerações a respeito da Lei de Improbidade Administrativa-LIA, especificamente ante sua recente alteração, a qual implicou intensa reformulação estrutural, representando, em vários aspectos, a superação legislativa de construção jurisprudencial sedimentada. Por observar que o enfrentamento do imbróglio do presente feito somente *tangencia* elementos afetados pela reforma da LIA, apenas anoto que as alterações e os reflexos da Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, ainda carecem de natural amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, o que, a princípio, não prejudica as diretrizes que advirão da presente orientação, cujo foco não está significativamente atrelado a tais modificações. Assim, assinalo somente uma recomendação para o constante acompanhamento da evolução das discussões que permeiam a novidade legislativa.

8. Passando, então, à **primeira controvérsia jurídica**, esta pode ser definida nos seguintes quesitos: **(i)** o art. 10 da Lei nº 8.429/92 contém um rol exaustivo de tipos de improbidade administrativa? **(ii)** a indevida percepção de parcela remuneratória pode configurar, em tese, um ato de improbidade administrativa?

9. Interessante, nesse tópico, retomar as inferências alcançadas na manifestação opinativa, a qual defendeu um rol exaustivo para as condutas ímporas enunciadas pelo art. 10 da Lei nº 8.429/92, ao argumento de que o princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF) limita o poder punitivo estatal, conferindo segurança jurídica, com a garantia de que a imposição de sanção somente ocorra com prévia, certa e precisa determinação legal. Com isso, a Procuradoria Setorial afastou a adoção de qualquer tipo penal aberto que permita interpretações plurissignificativas, e sustentou a taxatividade no tema.

10. Tomando como partida os motivos sintetizados no item anterior, comungo com a ideia de que o exercício da função administrativa, de maneira geral, está circunscrito à observância dos princípios e regras instituídos pela Constituição Federal, o que, notadamente, amplia o plexo de valores a serem garantidos e efetivados pela Administração, a qual, assim, tem ampla sujeição à *juridicidade*¹. No plano do direito administrativo sancionador, a recondução às normas constitucionais ganha paradigmas peculiares,

encontrando-se numa linha tênue entre a realização de valores constitucionais não excludentes entre si², dos quais ressai um sistema de proteção ao exercício do poder punitivo estatal, bem como normas e deveres de proteção do patrimônio público. Do diálogo entre os regimes penal³ e administrativo, descortinam-se núcleos mínimos de garantias, que são “estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito”⁴.

11. No caso dos autos, o cerne da controvérsia não está propriamente no atendimento (ou não) ao princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF); afinal, o art. 10 da Lei nº 8.429/92 contempla comando normativo de punição dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário. A discussão, portanto, está na qualidade da norma incriminadora e na necessidade de previsão expressa e categórica no rol definido em lei⁵.

12. Sendo assim, e em conexão com o opinativo, de um lado da balança estão preocupações legítimas atinentes ao grau de determinação legal mínimo, que seja respaldado pela legitimação democrática da escolha sancionatória, bem como que confira segurança jurídica, ante a previsibilidade da sanção a uma conduta⁶.

13. De outro flanco, porém, a adoção rígida da especificação do tipo pode inviabilizar a punição de infrações relevantes, implicando proteção insuficiente aos comandos constitucionais, notadamente aqueles que resguardam o patrimônio público com a imposição do dever de ressarcimento integral ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º; art. 71, VIII), cujo amparo constitucional, inclusive, assegura a sua imprescritibilidade. Ademais, no caso dos atos de improbidade que causam lesão ao erário, a previsibilidade parece suficientemente atendida, tratando-se de dano objetivamente auferível, bem como o *caput* do art. 10 da LIA é claro ao abratar qualquer ação ou omissão dolosa que acarrete perda patrimonial.

14. Registro que no julgamento do REsp nº 1130318/SP⁷, o Superior Tribunal de Justiça- STJ reconheceu que o rol dos atos de improbidade por dano ao erário é exemplificativo.

15. A título de comparação, saliento que os atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA) eram objeto de intensa divergência doutrinária e jurisprudencial, em razão do caráter abstrato e vago do enunciado normativo. Sobre o tema, o STJ firmou precedente colocando fim à controvérsia, que foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. ILÍCITO DECORRENTE DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO GENÉRICO E NÃO DE DOLO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ENUMERAÇÃO JUDICIAL EM NUMERUS CLAUSUS DE HIPÓTESES QUE CONFIGUREM TAL MODALIDADE DE IMPROBIDADE. ADMISSIBILIDADE DE ROL A TÍTULO EXEMPLIFICATIVO. EMBARGOS PROVIDOS. DOLO GENÉRICO E MÁ-FÉ NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

(...)

CARÁTER ABERTO DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 3. Diante do caráter aberto do art. 11 da Lei 8.429/1992, descebe fazer enumeração judicial em *numerus clausus* de modalidades de improbidade administrativa atinentes a afronta aos princípios da Administração Pública.

4. A conduta do agente ímparo pode, sim, ser emoldurada no próprio caput do art. 11, sem a necessidade de se encaixar, obrigatoriamente, em uma das figuras previstas nos oito incisos que integram o mesmo artigo. Máxime porque os incisos possuem índole claramente exemplificativa e não de *numerus clausus*. Basta conferir o final da redação do caput (nave-mãe) que, após indicar a base normativa da conduta ímpresa ofensiva a princípios, realça que esse mesmo núcleo estará também caracterizado, "notadamente" (mas não exclusivamente) nas demais condutas identificadas nos incisos subsequentes. Daí resulta que a conduta ímpresa realiza-se não só por infração aos incisos do art. 11, mas, antes até, faz-se reconhecível, igual e autonomamente, no tipo genérico e aberto do próprio caput. O STJ já travou discussão anterior e pacificou o entendimento a respeito do caráter exemplificativo das hipóteses previstas no art. 11 da Lei 8.429/1992 (REsp 1.275.469/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 9/3/2015).

5. Não se podem ossificar as hipóteses de infração aos princípios da (boa) administração, totalmente dependentes da fluida e mutante dinâmica social. Além disso, impende examinar, caso a caso, o elemento subjetivo, diante da situação concreta, inviável aferir abstratamente a conduta, antes que aconteça. Benéfico estabelecer parâmetros genéricos para preservação da segurança jurídica dos cidadãos de modo geral, nomeadamente dos que exercem cargos públicos, algo que já se encontra na lei. Mas não parece recomendável ou prudente criar muros absolutos de previsão legal milimétrica para comportamentos antissociais altamente cambiantes por sua própria natureza.

6. Conceitos jurídicos indeterminados são imprescindíveis e inevitáveis na regulação de condutas humanas. Encontram-se em todas as disciplinas do nosso ordenamento (inclusive no Direito Penal) e do de outros países, com destaque para aqueles que modelaram e ainda influenciam nossa cultura jurídica. Realidade nacional e internacional, tão longeva quanto assentada, tais técnicas de redação legal asseguram que a norma exiba um mínimo de flexibilidade, de forma a acomodar, na sempre incompleta linguagem e nas fórmulas usadas pelo legislador, a diversidade de casos não positivados expressamente. Por conseguinte, utópico imaginar ser possível legislar sem conceitos jurídicos indeterminados, mormente para a Administração Pública, contaminada por gestores ímpuros, em todos setores e instâncias - felizmente como exceção -, assustadoramente criativos no vandalismo a padrões de ética e lisura administrativas, na apropriação privada de recursos públicos e no assenhoreamento da máquina estatal para desígnios próprios escusos ou em favor de interesses de grupos privilegiados.

7. Mesmo o Direito Penal - ramo da ciência jurídica que trata da liberdade, valor dos mais caros entre os inerentes ao exercício pleno da cidadania - vem repleto de tipos penais abertos que requerem do intérprete (o julgador) esforço complementar para, concretamente, situar seu alcance. Tipos penais abertos definem-se como aqueles que contêm elementos normativos ou subjetivos, de modo que dependem da interpretação para que adquiram sentido e tenham aplicação escorreita. É assim com a maioria dos tipos culposos. Para além desses, identificam-se muitos outros, tais como repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP); condição análoga à de escravo (art. 149 do CP); violação a domicílio (art. 150 do CP). Na mesma linha, a noção de imprescindível para as diligências (art. 404 do CPP), para as provas (art. 411, § 7º, do CPP) e para as cartas rogatórias (art. 222-A do CPP); gerir fraudulentamente instituição financeira (art. 4º, caput, da Lei 7.492/1986); gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/1983); manifestar-se falsamente o interventor, o liquidante ou o síndico, a respeito de assunto relativo a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira entre outros (art. 15 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, destaquei); praticar ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores (art. 168 da Lei de Falências).

8. Exemplos também podem ser citados na Lei de Responsabilidade dos Prefeitos (Decreto-Lei 201/1967): omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeitos à administração da Prefeitura (art. 4º, inciso VIII); impedir o funcionamento regular da Câmara (art. 4º, inciso I). Os mesmos tipos abertos são utilizados na Lei 1.079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República: cometer ato de hostilidade contra nação estrangeira, expondo a República ao perigo da guerra, ou comprometendo-lhe a neutralidade (item 3, artigo 5º); celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da Nação (item 6 do artigo 5º); proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo (item 7 do artigo 9º). O próprio conceito de "organização criminosa", contido no artigo 2º da Lei 12.850/2013 (promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa), reclama exercício hermenêutico judicial.

9. Não é diferente com os conceitos abertos nas qualificadoras do crime de homicídio (artigo 121, § 2º, do Código Penal), um dos mais severamente punidos no Direito Penal. Confiram-se: motivo torpe (inciso I); motivo fútil (inciso II); outro meio insidioso ou cruel (inciso III); mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (inciso IV).

10. Em síntese, se nem no campo criminal os Tribunais cogitaram de atuar de modo a, preventivamente e à margem da lei, restringir, em numerus clausus, o alcance e abrangência das disposições abertas - o que tampouco se afiguraria plausível, porque inviável antever e narrar a multiplicidade e a riqueza de situações que a realidade da vida apresenta -, não se vê justificativa para que essa limitação seja executada em matéria civil ou administrativa, ou seja, na improbidade administrativa.

11. Embargos de Divergência providos.

(grifei, em EREsp 1193248/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2019, DJe 18/12/2020)

16. Observo, porém, que a reforma operada pela Lei nº 14.230/2021 incidiu na redação do art. 11 da Lei nº 8.429/92, substituindo a expressão “*notadamente*” por “*caracterizada por uma das seguintes condutas*”. O legislador, portanto, tinha conhecimento da existência de rol exemplificativo na tipificação de atos de improbidade, e intencionalmente modificou a sistemática daqueles que pugnou necessário fazê-lo. Mas, com ânimo diferente, o mesmo autor legal manteve a expressão “*notadamente*” no art. 10, *caput*, da LIA, numa escolha legítima, e que evidencia o propósito do legislador, confirmado pelo ato reformador, em prosseguir com a relação exemplificativa de atos de improbidade que causam lesão ao erário.

17. Com isso, há que se reconhecer que a percepção indevida de parcela remuneratória por servidor público, importando em *perda patrimonial efetiva* à Administração Pública, está abarcada pelo tipo definido pelo art. 10, *caput*, da Lei nº 8.429/92. No entanto, a configuração do ato de improbidade depende da verificação de ação ou omissão *dolosa*⁸, elemento subjetivo (*dolo*), *sem o qual* a questão deve ser resolvida pelo ressarcimento civil e eventuais consequências funcionais.

18. Concluindo este tópico, ainda aponto, sobre o assunto, o **Despacho referencial nº 26/2022-GAB**⁹, em que assentada a possibilidade de ressarcimento ao erário fundado na prática de ato de improbidade, apurado na instância administrativa, desde que levado a efeito por meio de processo administrativo comum (PAC) instaurado com esse propósito específico.

19. Passando à **segunda parte desta manifestação**, estabeleço os seguintes quesitos para a consultoria jurídica: *(i) para fins de ressarcimento ao erário de parcela percebida indevidamente, na aplicação do Tema nº 1009 dos recursos repetitivos do STJ, a quem caberá a comprovação da boa-fé objetiva? Ela pode ser presumida?; (ii) reconhecido o ônus probatório a cargo do servidor público, como deverá ser o agir administrativo; (iii) verificado o dever de ressarcimento, com a ausência de boa-fé, deve-se concluir, automaticamente, pela existência de má-fé ou dolo?*

20. O **Despacho nº 903/2021-GAB**¹⁰ já teve ocasião de destacar os efeitos da fixação da tese no Tema nº 1009 dos recursos repetitivos do STJ (REsp nº 1.769.306/AL, rel. min. Benedito Gonçalves, j. 10/3/2021), especialmente na modificação do entendimento até então adotado por esta Procuradoria-Geral do Estado¹¹, no sentido de que o ressarcimento independia de aferição da boa-fé, quando decorrente de pagamento indevido por erro operacional ou de cálculo. O STJ, assim, fixou a seguinte tese:

“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.”

21. Na formulação do precedente judicial, a atribuição do ônus da comprovação da boa-fé objetiva, bem como a utilização de presunção para solução da situação fática, foram pontos discutidos e solucionados pela Corte. O posicionamento **vencido** partia da presunção de boa-fé do servidor, direcionando o ônus à Administração Pública, a quem caberia comprovar a má-fé na percepção dos valores¹².

22. O posicionamento **vencedor** – correspondente ao entendimento fixado, portanto – impõe o ônus da comprovação da boa-fé ao servidor. Isso porque o valor recebido *por erro* (operacional ou de cálculo) da Administração é *despido de razão jurídica que o fundamente*, sendo a *regra* o ressarcimento da parcela, a fim de evitar o enriquecimento ilícito do servidor; a boa-fé, assim, figura como fato impeditivo ao ressarcimento.

23. Não obstante, e especialmente na seara administrativa, essa dinâmica do encargo probatório não dispensa um equilíbrio com os contornos da potestade pública da Administração em relação a seus servidores, e com os princípios da proteção da confiança e da cooperação.

24. É que a boa-fé objetiva, à qual o precedente judicial se apoia, difere da boa-fé subjetiva, por estar aquela alheia a avaliações do estado psicológico do agente, atrelando-se, de outro modo, a ideários de eticidade, lealdade e correção, que devem ser observados a partir de padrões (*standards*) éticos socialmente exigíveis. Isto é, para a boa-fé objetiva, é desimportante que o agente tenha tido (ou não) conhecimento do vício ou da ilicitude do pagamento, sendo relevante averiguar é se seu comportamento se descolou (ou não) de deveres de conduta leal.

25. Neste ponto, esclareço a compreensão da boa-fé objetiva, à luz do precedente fixado no Tema nº 1009 do STJ, que merece interpretação calibrada. É que o relator desenvolveu em seu voto a concepção de boa-fé objetiva nos mesmos moldes que foram apontados no item 24 acima¹³, porém afirmou que a conclusão de que o beneficiário recebeu o valor de boa-fé (ou não), decorreria de avaliação “*se o servidor tinha condições de compreender a ilicitude no recebimento dos valores, de modo a se lhe exigir comportamento diverso, diante do seu dever de lealdade para com a Administração Pública*” (sublinhei). Além disso, a parte final da tese ressalvou a comprovação de boa-fé “*sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido*”.

26. As referências a “*condição de compreender a ilicitude*” ou a “*possibilidade de constatar o pagamento indevido*” devem ser reconduzidas e interpretadas com enfoque na verificação objetiva da boa-fé, com o sentido elucidado no item 24 anterior, sem adentrar no estado psicológico do agente. A propósito:

*Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada **externamente**, vale dizer, a aferição dirige-se à **correção da conduta do indivíduo**, pouco importando a sua convicção. Não*

devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé. Ou seja: há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente.”(destaquei) .¹⁴

27. Sendo assim, a boa-fé do servidor¹⁵, na qual se sustenta o precedente, pode ser verificada a partir de elementos objetivos extraídos da análise do caso concreto, mesmo quando o interessado não tenha efetivamente contribuído com a produção de provas. E, nesta última hipótese, cabe à própria autoridade administrativa reconhecer como indevido o ressarcimento (atitude de cooperação), até como medida preventiva de litígios. Por conseguinte, a atribuição do ônus de comprovação da boa-fé objetiva ao servidor não pode servir para justificar a absoluta imposição pela Administração de restrição de direitos daquele (mediante estipulação de dever de devolução) quando, à evidência da realidade e dos elementos envolvidos, a conduta do servidor se mostrar condizente com o razoavelmente expectado.

28. Seja como for, pelo aspecto formal, anoto que a decisão administrativa deverá contar com a devida motivação acerca de tais elementos.

29. Ainda neste ponto, avanço para situação na qual seja inferida a *ausência de boa-fé* do servidor, aspecto jurídico que merece aclaramentos com a interação entre o Tema nº 1009 dos Recursos Repetitivos do STJ , e o Tema nº 897 da Repercussão Geral do STF.

30. É que o tratamento equivocado da matéria poderia implicar na imprescritibilidade de todas as hipóteses de ressarcimento ao erário, decorrentes de erro operacional ou de cálculo. Isto é, reconhecido o dever de ressarcimento, com a inexistência de boa-fé do servidor, deve-se concluir, necessariamente, que houve má-fé ou dolo, e correspondente ato de improbidade administrativa?

31. Saliento que extravasa os limites deste orientativo adentrar na discussão sobre eventual distinção entre má-fé e dolo, para fins de configuração do elemento subjetivo do ato de improbidade; valendo consignar, de todo modo, a existência de precedente no qual o STJ rechaçou tal distinção (EREsp 1193248/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, 1^a Seção, j. 26/06/2019¹⁶), com alusão a diversos julgados da Corte, que atribuíram tratamento sinônimo às expressões¹⁷.

32. Devo assinalar, contudo, que tal decisão e a jurisprudência relacionada sedimentada diziam em dolo genérico. Mas, desde então, houve mudança da disciplina do elemento subjetivo da improbidade administrativa com a reforma da legislação respectiva, que passou a contar com conceito legal de dolo (art. 1º, § 2º), reconhecido como “*a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*”.

33. Sobre este ponto, esta Procuradoria-Geral do Estado já teve ocasião de assinalar em **pronunciamento referencial**, no **Despacho nº 26/2022-GAB**¹⁸:

11. Com a entrada em vigor da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, foi dada nova redação ao art. 1º, §2º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) mediante a inclusão da exigência do dolo específico através da adoção da expressão “*vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei*”. Com isso, restou afastada expressamente a possibilidade da prática do ato de improbidade a título de culpa grave, agora o citado dispositivo enuncia que não basta “*a voluntariedade do agente*”, mas o dolo específico (não mais o genérico) para a caracterização do ato de improbidade.

12. Neste contexto, na atual sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, a conduta culposa não é mais apta a configurar ato de improbidade, na medida em que o dolo específico passa a constituir elementar do tipo. Houve uma espécie de abolição da conduta ilícita culposa pela Lei nº 14.230, de 2021 que, uma vez mais favorável ao administrado, deve retroagir para alcançar inclusive as condutas praticadas antes da sua vigência (26/10/2021).

(...)

24. Não é excedente assinalar que a obrigação de reparar o dano financeiro causado à Administração Pública exige a comprovação de que o processado agiu com dolo ou culpa, porquanto fundada na responsabilidade subjetiva, e não objetiva, do agente. Neste sentido, na hipótese de prática de ato de improbidade, não é suficiente a descrição das condutas e a constatação de suas ilicitudes para o julgamento de procedência, pois necessária a demonstração da existência do dolo enquanto elemento subjetivo imprescindível à sua configuração.

34. Nesse ideário, a conclusão pelo ressarcimento parte de análise da (in)existência de boa-fé, balizada em elementos objetivos do caso concreto, pouco importando o ânimo do agente. A imputação de ato de improbidade, todavia, precisa ir além, com constatação de vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito (dolo).

35. Passo, enfim, para **terceira parte desta manifestação**, concernente à análise do processo administrativo comum e solução do caso concreto.

36. A controvérsia fática decorre da percepção integral pela servidora do décimo terceiro salário, referente ao ano de 2013, no mês de fevereiro correspondente (mês de seu aniversário), com posterior concessão de licença não remunerada, a partir de 1/10/2013. O ressarcimento, assim, reside no valor correspondente ao décimo terceiro proporcional percebido a maior pelos meses da licença.

37. Saliento que o pagamento integral da parcela no mês de seu aniversário ocorreu em conformidade com o comando estampado no art. 1º, *caput*, da Lei estadual nº 15.599/2006, de modo que a discussão fica restrita ao desenrolar da questão no momento da concessão da licença não remunerada, no qual o décimo terceiro passou a ser devido apenas de modo proporcional.

38. O panorama, contudo, era de intensa divergência jurídica sobre as consequências de eventuais diferenças entre o momento do pagamento integral do décimo

terceiro, e eventuais acréscimos ou reduções ocorridos posteriormente ao longo do ano. A matéria foi objeto de exorbitante judicialização, o que levou à edição da Lei estadual nº 19.753/2017, que acresceu o § 8º no art. 1º da Lei nº 15.599/06, passando a disciplinar a matéria.

39. No âmbito desta Procuradoria-Geral do Estado, realço a evolução do tratamento da matéria pelos **Despachos nº 3734/2017-AG¹⁹, nº 536/2018-AG²⁰ e nº 46/2018-GAB²¹**.

40. Por derradeiro, a questão foi definida em orientação geral estampada no **Despacho nº 658/2018-GAB²²**. Na ocasião, foi assentado o direito ao recebimento do décimo terceiro salário pelos meses trabalhados no ano, e à percepção da diferença a maior proporcional, ou seu equivalente dever de devolução.

41. Contudo, foi estabelecido um regime de transição às diretrizes então orientadas, em atenção ao cenário de insegurança jurídica que até ali persistiu, reforçado pelas circunstâncias que decorreram no processo nº 201700005010538, tendo sido constatado que a prática reiterada da Administração era de não efetuar os descontos dos valores pagos a maior.

42. Pela sua importância à solução do presente caso, transcrevo:

12. A Lei 19.753/2017 surgiu em um contexto de várias disputas judiciais em torno da interpretação da Lei 15.599/2006 à luz do princípio da isonomia. Foram inúmeras ações individuais ajuizadas por servidores, especialmente nos Juizados da Fazenda Pública, com pedido de pagamento de diferenças de 13º salário.

13. O objetivo do Chefe do Executivo ao encaminhar o projeto que deu origem àquela lei foi o de pôr fim a tais litígios. Eram tantas as demandas sobre esse assunto que a Procuradoria Judicial precisou destacar um Procurador para cuidar apenas delas.

14. Ocorre que o advento da nova legislação provocou novas reflexões sobre a sistemática de pagamento do 13º salário aos servidores efetivos e aos ocupantes apenas de cargo em comissão.

15. Conforme se infere do DESPACHO Nº 2437/2018 GEPAC (3538716), a Administração conferia tratamento distinto aos servidores efetivos e aos ocupantes apenas de cargos em comissão (“comissionado puro”), pois pagava o 13º integral no mês do aniversário apenas aos efetivos, inclusive no tocante à gratificação de função e ao subsídio do cargo em comissão.

16. Por outro lado, o servidor efetivo que era designado para função de confiança ou cargo em comissão após o mês de aniversário, nada recebia a título de 13º salário sobre a gratificação de função ou subsídio do cargo em comissão.

17. Já os “puramente comissionados” que faziam aniversário antes do ingresso na Administração recebiam o 13º proporcional no próprio mês da sua entrada no serviço público. Os que faziam aniversário depois, recebiam o valor proporcional no mês correspondente.

18. Mesmo antes do advento da Lei 19.753/2017, o pagamento do 13º salário sobre a gratificação de função ou subsídio do cargo em comissão haveria de ser proporcional ao período de exercício do encargo de responsabilidade adicional. De todo modo, os servidores que receberam o 13º salário sobre a gratificação ou subsídio do cargo em comissão de forma integral, o fizeram de boa-fé e, portanto, não estão obrigados a restituir o excesso, conforme jurisprudência mansa e pacífica: (...)

19. Mesmo após a vigência da Lei 19.753/2017, as diferenças de 13º salário sobre a gratificação de função ou subsídio do cargo em comissão deveriam ser proporcionais. No entanto, segundo informou a Gerência de Parametrização, Controle de Cargos e Rubricas da SEGPLAN, o servidor efetivo designado para “função comissionada” no decorrer do ano, recebe o 13º salário integral no mês do aniversário.

20. O grupo de servidores descrito no item anterior, que recebeu valores em excesso a título de 13º salário até o exercício de 2018, não deve ser compelido a restituir. Além dos princípios da boa-fé objetiva, proteção da confiança e segurança jurídica militarem a favor de quem já recebeu, é preciso respeitar um período de transição para a implantação da orientação geral aqui vertida.

21. A manutenção da prática reiterada de não cobrar dos servidores efetivos valores recebidos em excesso a título de 13º salário justifica sua manutenção até o fim deste ano de 2018, a fim de que a Administração tenha condições e tempo para assimilar a nova orientação e noticiá-la aos servidores de forma ampla e suficiente em respeito aos princípios da transparência e da publicidade, encartados no art. 37, caput, da Constituição Federal.

22. Não se olvida que a intenção da Lei 15.599, de 31 de janeiro de 2006, foi, desde o princípio, o pagamento do 13º salário integral no mês de aniversário do servidor a título de adiantamento, portanto, sem caráter de definitividade, o que permitiria o desconto posterior de eventuais valores pagos em excesso, por exemplo, nos casos de exoneração ou demissão.

23. Em todo o caso, a conduta reiterada da Administração em não descontar valores pagos a maior aos efetivos fez surgir expectativa de direito aos servidores beneficiários de não restituir, devido a falsa crença de que os pagamentos foram legais e definitivos. O resgate da legalidade há de ser promovido sem efeitos retroativos em homenagem aos princípios acima enunciados (boa fé objetiva, proteção da confiança e segurança jurídica).

(...)

27. Nesse cenário de constitucionalização de valores e princípios, cumpre modular os efeitos da nova orientação aqui firmada, a fim de que seja observada a partir de 01 de janeiro de 2019, de maneira que a Administração não deverá cobrar valores de 13º pagos em desconformidade com ela relativamente a exercícios anteriores a 2019, pelas razões exaustivamente acima expostas.

28. Dessa forma, em respeito ao princípio da isonomia, os servidores estatutários que foram designados para funções de confiança em 2017 após os respectivos aniversários, devem

receber a diferença integral da remuneração, ou seja, 12/12 avos da gratificação, haja vista a informação de que os servidores efetivos designados para tais funções no mesmo ano que fizeram aniversário em novembro e dezembro receberam o valor integral da gratificação a título de 13º salário.

43. Conquanto a controvérsia fática dos presentes autos seja referente a acontecimentos do ano de 2013, aplicável é o regime de transição definido pelo **Despacho nº 658/2018-GAB** (vide itens 21 e 27 acima transcritos), **de forma que o ressarcimento ao erário não é exigível.**

44. Em **conclusão**, traço como **pronunciamento referencial**:

44.1. O rol de condutas tipificadas pelo art. 10 da Lei nº 8.429/1992 é dotado de caráter exemplificativo, de modo que a indevida percepção de parcela remuneratória pode (ou não) configurar, em tese, ato de improbidade administrativa.

44.2. Cabe ao servidor a comprovação de sua boa-fé, não incidindo presunção de boa-fé para afastar o ressarcimento pelo pagamento indevido que decorra de erro operacional ou de cálculo.

44.3. Independentemente da produção de provas pelo servidor, a autoridade administrativa deve avaliar eventual ocorrência de boa-fé, a partir dos elementos objetivos apresentados pelo caso concreto (princípio da cooperação).

44.4. A ausência de boa-fé, que fora investigada unicamente para fins de ressarcimento decorrente de erro operacional ou de cálculo, não implica em automático reconhecimento de má-fé ou dolo.

44.5. No caso concreto dos presentes autos, resta afastado o dever de restituição proporcional do décimo terceiro salário recebido, pois a situação se amolda ao regime de transição fixado pelo **Despacho nº 658/2018-GAB**.

45. Ante o exposto, **acolho o Parecer nº 1025/2021-PROCSET, com ressalva dos seus itens 7 a 11, e 16. Oriento** a matéria conforme o **item 44 acima**.

46. Orientada a matéria, **encaminhem-se os autos à Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**. Antes, porém, científiquem-se do teor desta orientação referencial as Chefias da Procuradoria Judicial, das Procuradorias Regionais, das Procuradorias Setoriais da Administração direta e indireta e do CEJUR (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste **Despacho Referencial**, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE²³.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

1 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 2 “De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois numa unidade nuclear inscrita na Constituição.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009). 3 A aplicação de normas fundamentais de direito penal ao direito administrativo sancionador tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência, conforme destacado por Marçal Justen Filho: “As sanções administrativas apresentam configuração próxima às sanções de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 457). Registre-se, porém, que a doutrina contemporânea tem contestado uma extensão pura de normas de direito penal, intrometendo uma análise de ideário regulatório, a partir de balizas pragmáticas. Neste último sentido, confira-se: VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 4 OSÓRIO, Fábio Medina. *Op cit.* 5 “Aliás, no campo do Direito Administrativo sancionador, essa exigência é ainda mais relevante. Como já se expôs, trata-se de uma das searas em que o grau de vinculação do Estado às garantias constitucionais é mais intenso, como estratégia de contenção do arbítrio estatal. Daí se aplicar ao poder sancionatório da Administração um regime jurídico mais rigoroso, inclusive quanto à exigência de legalidade. Fala-se, nesse sentido, na incidência do princípio da tipicidade. Isso quer dizer que a lei, tomada em sentido estrito, deve não apenas conter a previsão do tipo e da sanção aplicável, como descrevê-los com clareza e completude. O particular deve ter certeza quanto à conduta proibida (ou quanto ao comportamento exigido) e à penalidade a que sujeito se descumprir a norma.” (BINENBOJM, Gustavo. *O direito administrativo sancionar e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, Edição especial, 2014). No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.* 6 Em doutrina, esses valores são aprofundados em: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.* 7 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. FRAUDE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. (...) 3. A situação delineada no acórdão recorrido enquadra-se no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, que inclui no rol exemplificativo dos atos de improbidade por dano ao Erário ‘frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente’. (destaquei, REsp 1130318/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 27/04/2011) 8 Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves enumeram um iter de individualização dos atos de improbidade, consubstanciado, em suma, na seguinte sequência: i) avaliação de juridicidade da conduta; ii) identificação do elemento volitivo do agente; iii) configuração de outros efeitos decorrentes da conduta, que importem em modificação da tipologia legal do ato de improbidade; iv) verificação dos sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade; v) utilização do princípio da proporcionalidade para identificação da “improbidade material”. Para o devido aprofundamento, confira-se: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 9 Processo administrativo nº 201900010047225. 10 Processo administrativo nº 201900006059736. 11 O Despacho nº 40/2020-GAB (199600033001254) já havia sinalizado que a revisão do entendimento desta Procuradoria-Geral só ocorreria com o julgamento do STJ. 12 Segue trecho do voto da Min. Assusete Magalhães (posicionamento isolado): “Como destaquei, a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito: a boa-fé se presume, a má-fé se prova. Como a boa-fé se presume, entendo que o ônus da prova de que o recebimento não foi de boa-fé não é dos servidores, mas da Administração Pública. Como a tese proposta pelo Relator imputa a prova da boa-fé ao servidor, peço a mais respeitosa vénia ao Relator e aos que o acompanham, para dele discordar, como já votei, embora vencida, no julgamento, na presente assentada, do REsp repetitivo 1.381.734/RN, que cuida do mesmo tema,

quanto aos valores recebidos, de boa-fé, pelo segurado da Previdência Social.” 13 Eis o teor do voto do Min. Benedito Gonçalves: “No ponto, Miguel Reale caracteriza a boa-fé objetiva como um padrão de comportamento honesto e leal, de acordo com a conduta de uma pessoa de bem (REALE, Miguel. A Boa-Fé no Código Civil, ed. 2003, págs. 3-4). Ligado ao campo do direito obrigacional, o conceito de boa-fé objetiva, nas palavras de Nelson Rosenvald, ‘compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção [...]’ (ROSENVOLD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80). Com efeito, o requisito estabelecido para a não devolução de valores pecuniários indevidamente recebido é a boa-fé objetiva do servidor, respaldado na ‘legítima confiança ou justificada expectativa que o beneficiário adquire que os valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio’ (AgRg no REsp 1.263.480/CE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2011, grifei). No mesmo sentido: REsp 1.384.418/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 30/8/2013.” 14 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019). 15 A boa-fé objetiva tem alguns reconhecidos desdobramentos ou funções reativas: i) *venire contra factum proprio*; ii) *supressio*; ii) *surrectio*; iv) *tu quoque*. Nesse sentido, o Enunciado 412, da V Jornada de Direito Civil, CJF: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”. 16 A ementa deste julgado já foi parcialmente aduzida no item 15 deste despacho. Cabe conferir a fração relativa ao aspecto do elemento subjetivo da improbidade: “1. Está pacificada a jurisprudência do STJ no sentido de que, para configurar ato de improbidade na Lei 8.429/1992, inclusive por ofensa a princípio da administração (art. 11), não se exige dolo específico, bastando o dolo genérico. Este, como sabido, verifica-se quando o agente realiza voluntariamente o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente finalidade específica de agir. Precedentes. 3. No Direito Público e Privado, a noção de má-fé, ao contrário da de dolo, não se mostra unívoca. Logo, trazer tal conceito camaleônico para a compreensão do elemento subjetivo da improbidade administrativa apenas acrescenta ambiguidade ao texto legal. A insegurança jurídica e hermenêutica decorre do fato de que, nos vários ramos do Direito, dolo genérico e má-fé ora são termos sinônimos, ora ostentam caráter distinto. A Lei 8.429/1992 não fez nenhuma referência à má-fé, donde inadequado incorporá-la judicialmente na exegese e aplicação do microssistema da improbidade administrativa.” 17 Em sede doutrinária, Emerson Garcia faz criterioso estudo das várias funções que a má-fé assumiu na jurisprudência do STJ, mostrando a complexidade da matéria. Confira: GARCIA, Emerson. A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, jul-set, 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista59/revista59_47.pdf>. 18 Processo administrativo nº 201900010047225. 19 Processo administrativo nº 201700005010538. 20 Processo administrativo nº 201710892000890. 21 Processo administrativo nº 201810892000026. 22 Processo administrativo nº 201700005010538. 23 Art. 2º Editado o despacho referencial a que alude o inciso I do art. 1º desta Portaria e o § 8º do art. 2º da Portaria nº 130/2018-GAB, incumbirá aos Procuradores-Chefs de Procuradorias Setoriais a fixação de orientação administrativa conclusiva em consultas, solicitações e medidas correlatas, na esteira da delegação outorgada pelo art. 5º, II, da Portaria nº 127/2018-GAB, desta Procuradoria-Geral.

ASSESSORIA DE GABINETE, do (a) PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO , ao(s) 24 dia(s) do mês de janeiro de 2022.

Este é um documento de consulta e não substitui a versão oficial.