

Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário:

Análise dos incentivos gerados pelas hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores civis e militares integrantes do Ministério da Defesa

Victor Chaves Ribeiro França Guimarães

Prof.^a Dra. Luciana Yeung Luk Tai

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Análise Econômica do Direito (AED)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo.

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação - NCOM/ISC

Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário: Análise dos incentivos gerados pelas hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores civis e militares integrantes do Ministério da Defesa

Victor Chaves Ribeiro França Guimarães

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Análise Econômica do Direito.

Orientador(a):

Prof.^a Dra. Luciana Yeung Luk Tai

Banca examinadora:

Prof.^a Dra. Luciana Yeung Luk Tai

Prof. Dr. Antonio José Maristrello Porto

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CHAVES RIBEIRO FRANÇA GUIMARÃES, Victor. **Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário**: Análise dos incentivos gerados pelas hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores civis e militares integrantes do Ministério da Defesa. 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): Victor Chaves Ribeiro França Guimarães

TÍTULO: Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário: Análise dos incentivos gerados pelas hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores civis e militares integrantes do Ministério da Defesa.

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Victor Chaves Ribeiro França Guimarães
victorcrg@gmail.com

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a GUIMARÃES, Victor C.R.F.

Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário:
Análise dos incentivos gerados pelas hipóteses de dispensa de
ressarcimento ao erário para servidores civis e militares integrantes
do Ministério da Defesa / Victor Chaves Ribeiro França Guimarães.
– Brasília: ISC/TCU, 2023.
(Monografia de Especialização)

1. Análise Econômica do Direito. 2. Ressarcimento ao erário. I.
Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário.

CDU 02
CDD 020

Análise Econômica do Direito e Ressarcimento ao Erário: Análise dos incentivos gerados pelas hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores civis e militares integrantes do Ministério da Defesa

Victor Chaves Ribeiro França Guimarães

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise Econômica do Direito realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Análise Econômica do Direito.

Brasília, 24 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Luciana Yeung Luk Tai
Orientadora
INSPER Instituto de Ensino e Pesquisa

Prof. Dr. Antonio José Maristrello Porto
Avaliador
Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Dedico esse trabalho a meus pais, cuja orientação e incentivo constantes foram (e permanecem sendo) fundamentais em minha caminhada.

Resumo

O presente texto tem por objetivo aferir em que medida o artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791, de 2 de julho de 2021, que contempla hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores e militares integrantes do Ministério da Defesa, é aderente aos critérios jurisprudenciais concernentes a tal matéria, bem como identificar a estrutura de incentivos gerada pelo referido ato normativo aos agentes públicos. A partir de uma metodologia bibliográfica, com análise de leis, atos normativos infralegais, acórdãos, pareceres, livros, artigos jurídicos, periódicos, sítios da *internet*, dentre outros, foram expostos, em primeiro lugar, os contornos jurídicos da controvérsia, com a abordagem da responsabilidade civil subjetiva dos servidores públicos, bem como dos critérios jurisprudenciais de dispensa de ressarcimento ao erário. Em seguida, foi apresentado o ferramental teórico da análise econômica do Direito, em especial, a matriz institucional, a teoria da escolha racional, o teste de Learned Hand, o modelo dos custos sociais e a teoria dos jogos. Por fim, foi analisada a redação do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021, chegando-se à conclusão de que ela merece melhoria, em especial no seu inciso I, de modo a contemplar requisitos claros e bem delimitados, a partir dos quais se poderão produzir os incentivos corretos, fomentando os agentes públicos a se anteciparem na reparação espontânea de valores indevidamente recebidos.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Ressarcimento ao Erário; Matriz Institucional; Teoria da Escolha Racional; Ministério da Defesa.

Abstract

The purpose of this text is to assess the extent to which article 3 of Ordinance GM-MD No. 2.791, of July 2, 2021, which includes hypotheses for waiving reimbursement to the treasury for personnel and military members of the Ministry of Defense, adheres to the jurisprudential criteria concerning this matter, as well as identifying the structure of incentives generated by the aforementioned normative act for public agents. Based on a bibliographical methodology, with analysis of laws, infralegal normative acts, judgments, opinions, books, legal articles, periodicals, internet sites, among others, the legal contours of the controversy were exposed, in the first place, approaching the subjective civil liability of public personnel, as well as the jurisprudential criteria for waiving reimbursement to the public treasury. Then, the theoretical tools of economic analysis of Law were presented, in particular, the institutional matrix, the rational choice theory, the Learned Hand test, the social costs model and game theory. Finally, the wording of article 3 of Ordinance GM-MD Nº 2.791/2021 was analyzed, reaching the conclusion that it deserves improvement, especially in its item I, to contemplate clear and well-defined requirements, from which the correct incentives can be produced, encouraging public agents to anticipate spontaneously compensation of amounts unduly received.

Keywords: Economic Analysis of Law; Reimbursement to the Treasury; Institutional Matrix; Rational Choice Theory; Defense Ministry.

Lista de abreviaturas e siglas

AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
MD	Ministério da Defesa
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

Sumário

1.	Introdução	12
2.	Problema e justificativa	13
3.	Objetivos	14
3.1.	Objetivo geral	14
3.2.	Objetivos específicos.....	14
4.	Metodologia	15
5.	Desenvolvimento	16
5.1.	Análise jurídica do ressarcimento ao erário por agentes públicos	16
5.1.1.	Responsabilidade Civil Subjetiva	16
5.1.2.	Tratamento Jurisprudencial da Matéria	17
5.2.	Análise econômica do ressarcimento ao erário por agentes públicos	22
5.2.1.	Importância da Matriz Institucional	24
5.2.2.	Teoria da Escolha Racional	25
5.2.3.	Os Estudos de <i>Learned Hand</i>	26
5.2.4.	Aplicação do Modelo dos Custos Sociais	28
5.2.5.	Aplicação da Teoria dos Jogos.....	29
5.3.	Análise crítica do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021	31
6.	Conclusão	35
7.	Referências	37

1. Introdução

O presente trabalho abordará uma tormentosa questão no dia a dia da Administração pública, bem como dos Tribunais, tanto os Jurisdicionais quanto os de Contas: quais são os critérios que devem ser utilizados para se dispensarem os agentes públicos – especialmente nos casos de recebimento a maior de verbas indevidas – do ressarcimento ao erário?

O problema jurídico em tela tem relação com o vai-e-vem jurisprudencial a respeito dos casos em que é devido o ressarcimento ao erário por parte de servidor público ou militar que auferido determinada parcela que não lhe era devida.

De um lado, existe posição mais rígida, que tende a ser defendida pelo Tribunal de Contas da União (TCU), materializada no Enunciado 249 de sua súmula. Segundo tal concepção, o ressarcimento só seria dispensado se, cumulativamente, houvesse boa-fé do servidor, erro escusável de interpretação da lei por parte da Administração e natureza alimentar das parcelas de que se trata.

Todavia, existem posições mais flexíveis, ora manifestadas pelo Supremo Tribunal Federal, ora pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de bastar ora a boa-fé do servidor, ora ela somada à existência de erro interpretativo (erro de Direito) por parte da Administração para dispensar o ressarcimento ao erário.

Nesse contexto, foi recentemente publicada a Portaria GM-MD N° 2.791, de 2 de julho de 2021, que normatizou o procedimento de ressarcimento ao Erário no âmbito dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como as hipóteses em que não haverá tal obrigação (art. 3º do normativo).

A partir disso, a presente monografia pretende identificar e explicitar os critérios subjacentes a cada uma das hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário, cotejá-los com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e analisar quais incentivos cada uma delas potencialmente gera nos servidores e militares destinatários da norma.

2. Problema e justificativa

Existem dois grandes critérios reconhecidos pela jurisprudência para aferir a necessidade ou não de ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos, quais sejam, "boa-fé *versus* má-fé do servidor" e "erro de fato *versus* erro de Direito da Administração". Nesse contexto, o Ministério da Defesa pretendeu regulamentar a questão no bojo daquela Pasta, elencando, no art. 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791, de 2 de julho de 2021, as hipóteses em que os servidores civis e militares se verão dispensados de realizar o ressarcimento ao erário:

Art. 3º Não estarão sujeitos à indenização e ao ressarcimento ao erário:
I - os valores recebidos de boa-fé, em decorrência de errônea interpretação da lei por parte da Administração;
II - o prejuízo ou dano que decorrer de caso fortuito ou fato decorrido de força maior;
III - quando o responsável tenha sido absolvido por negativa de autoria ou inexistência do fato em processo penal transitado em julgado; e
IV - decorrentes de outros casos excludentes de responsabilidades previstas em lei.
§ 1º Para efeito de enquadramento no inciso I do caput, entende-se por razoável, ainda que errônea, a interpretação da norma quando houver evidente controvérsia sobre a aplicação do direito vigente.
§ 2º Nos casos previstos no inciso II do caput, devem ser levantadas as circunstâncias em que ocorreram, visando identificar a conduta dos agentes envolvidos e o nexo de causalidade quanto à ação, à omissão, ou, ainda, à falta de atenção, cuidado ou erro na execução, para validação da situação ocorrida.

Ao final do presente trabalho, pretender-se-á dar resposta à seguinte indagação: a redação do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021, é aderente, e em qual medida, a quais critérios jurisprudenciais de hipóteses de ressarcimento ao erário e quais incentivos ela gera aos agentes públicos destinatários da norma?

Sob o aspecto estritamente jurídico, é necessário verificar se o ato normativo em questão não discrepa excessivamente das balizas jurisprudenciais no tratamento da matéria, sob pena de incentivo à judicialização e de sucumbência judicial do Poder Público.

Contudo, a justificativa do trabalho vai além, buscando também se valer do instrumental teórico da análise econômica do Direito para aferir se os incentivos gerados aos agentes públicos destinatários da norma são os mais desejáveis ou, de outro modo, se o texto da Portaria em questão mereceria revisão.

3. Objetivos

3.1. Objetivo geral

O objetivo geral deste trabalho é aferir em que medida o artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791, de 2 de julho de 2021, que contempla hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário para servidores e militares integrantes do Ministério da Defesa, é aderente aos critérios jurisprudenciais concernentes a tal matéria, bem como identificar a estrutura de incentivos gerada pelo referido ato normativo aos agentes públicos.

3.2. Objetivos específicos

1. Analisar os dois principais critérios jurisprudenciais dos casos em que é devido o ressarcimento ao erário: "boa-fé *versus* má-fé do servidor" e "erro de fato *versus* erro de Direito da Administração";
2. Apreciar o posicionamento atual da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e dos demais Tribunais Superiores, de modo a se aferir qual o critério prevalecente e quais os pontos de convergência e de divergência;
3. Identificar e explicitar os critérios subjacentes a cada uma das hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário previstas no art. 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021; e
4. Com base nos institutos trazidos pela análise econômica do Direito, apontar os incentivos gerados pelos dispositivos analisados: se o incentivo para o agente público que recebe determinada parcela que sabe por indevida é silenciar para prolongar o seu recebimento ou, ao contrário, tomar a iniciativa de devolver o montante, *sponte propria*.

4. Metodologia

A metodologia do presente trabalho é bibliográfica, partindo-se da análise de leis, atos normativos infralegais, acórdãos, pareceres, livros, artigos jurídicos, periódicos, sítios da *internet*, dentre outros.

Uma vez expostos os resultados da pesquisa em tal material, buscar-se-á uma resposta juridicamente possível e mais adequada ao Tema-Problema.

5. Desenvolvimento

5.1. Análise jurídica do ressarcimento ao erário por agentes públicos

De início, serão tratados os institutos jurídicos que perpassam a análise do ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos – termo propositalmente amplo, para abranger tanto os servidores celetistas quanto os militares.

5.1.1. Responsabilidade Civil Subjetiva

A teoria da culpa, de matriz civilista, orienta toda a responsabilidade civil subjetiva (inclusive nas hipóteses de culpa presumida, em que se inverte o ônus da prova da culpa). Constitui a regra geral de responsabilização civil, demandando dolo (caracterizado pelo binômio consciência e vontade) ou culpa (nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia) para que surja o dever de indenizar. Conforme ensina Flávio Tartuce (2021, subitem 4.3.1):

Conforme demonstrado, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Por isso, em regra e no plano civil e processual, a ação de responsabilidade civil pode ser comparada a uma corrida de duas barreiras. Cada uma dessas barreiras representa um ônus existente contra o demandante. A primeira barreira é a culpa e a segunda é o dano. (...)

Obviamente a primeira barreira pode não estar presente, o que ocorre nos casos da responsabilidade objetiva, estudados a seguir. Também é possível que a segunda barreira esteja ausente, quando o dano não necessita de prova, sendo presumido ou *in re ipsa*. Nas duas hipóteses, há exceções à regra geral de que a responsabilidade é subjetiva, havendo necessidade de prova do dano.

A demanda de responsabilidade civil subjetiva é regida pelo princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa — *unuscuique sua culpa nocet*. Em outras palavras, pode ser comparada a uma corrida de duas barreiras (TARTUCE, 2021, subitem 4.3.1), em que o autor deve primeiro se desincumbir do ônus de provar a culpa ou dolo para, em seguida, demonstrar o dano. Somente se vencidas ambas as barreiras é que se fará presente a indenização.

De outro lado, na responsabilidade civil objetiva, basta a comprovação do dano e do nexo causal com a conduta do agente, vale dizer, há somente um obstáculo a ser vencido. Conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2020, Cap. XLVIII, subitem 3.1):

Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que surja o dever de indenizar.

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. (...)

A responsabilidade civil dos agentes públicos frente ao Estado tem natureza *subjetiva*, carecendo de dolo ou culpa para se materializar. Não se tratando de responsabilidade de ordem objetiva, não basta a mera ocorrência do dano para que surja o dever de indenizar, devendo haver também o liame subjetivo. Conforme ensina Odete Medauar (2011, p. 319):

(...) se o agente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causou dano à Administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração da responsabilidade civil poderá ter início e término no âmbito administrativo ou ter início nesse âmbito e ser objeto, depois, de ação perante o Judiciário.

Dado que a responsabilidade civil do agente público frente ao Estado tem caráter subjetivo, a teoria da culpa é referencial importante para deslindar os limites da responsabilização do servidor ou militar, inclusive para permitir uma análise crítica de hipóteses que mais se aproximam da responsabilidade objetiva.

Assim, na análise das hipóteses de dispensa de dever de ressarcir por parte de servidores públicos presentes no artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791, de 2 de julho de 2021, será aferido em que medida decorrem da mera aplicação da teoria da culpa ou se trazem em si considerações de outra natureza.

5.1.2. Tratamento Jurisprudencial da Matéria

No que concerne ao tratamento dado pelos Tribunais pátrios na questão das hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário por agentes públicos, insta salientar

que não existe um endereçamento uniforme da matéria, havendo, inclusive, decisões de um mesmo Tribunal que utilizam critérios diferentes.

Para a análise mais acurada da questão, serão consideradas somente as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, instâncias máximas do Poder Judiciário brasileiro em matéria constitucional e de lei federal, respectivamente, bem como a posição do Tribunal de Contas da União, órgão de cúpula encarregado do controle externo das contas dos órgãos federais, e da Advocacia-Geral da União, órgão de assessoramento jurídico do poder executivo no âmbito da União.

Nesse ponto, é o Tribunal de Contas da União (TCU) que tem a jurisprudência mais uniforme a respeito, tendo-a, inclusive, cristalizado em um enunciado de súmula:

SÚMULA TCU Nº 249

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Veja-se, portanto, que o TCU exige, para dispensar o agente público do dever de ressarcir o erário, que estejam previstos cumulativamente três requisitos: a) boa-fé do servidor; b) erro escusável da Administração na interpretação legal; e c) natureza alimentar, ou seja, salarial, das parcelas de que se trata.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), após alguma instabilidade na jurisprudência, julgou o Tema Repetitivo 531, fixando a tese de que a interpretação errônea de lei por parte da Administração, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, o que impede que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público ao recebê-los.

Conforme a ementa do julgado que gerou o precedente jurisprudencial¹:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.244.182-PB*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de outubro de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquis a=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1244182>. Acesso em: 15/01/2023.

POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.

(...)

3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.

(...)

Perceba-se que a posição do STJ já se tornava menos rigorosa que a do TCU, pois não exigia que o erro da Administração fosse escusável, nem que as verbas tivessem caráter alimentar. Bastaria a boa-fé do agente público recebedor, somada ao erro de interpretação de norma legal por parte da Administração.

Vale destacar que a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça foi esposada também pela Advocacia-Geral da União (AGU), que, inclusive, consolidou-a no Enunciado nº 34 de sua súmula:

SÚMULA AGU Nº 34

Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

Posteriormente, já em 2021, o STJ julgou o Tema Repetitivo 1009, entendendo que os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasados em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, como regra. A exceção seria o caso de o agente público comprovar sua boa-fé, demonstrando que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

Conforme constou da ementa de um dos julgados que deu origem ao precedente²:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/1990. TESE DEFINIDA NO

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.769.306-AL*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de março de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?p=true&novaConsulta=true&quantidadeResultadosPorPagina=10&i=1&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1009&cod_tema_final=1009&ordenacaoCritério=1&ordenacaoDecrescente=1>. Acesso em: 15/01/2023.

TEMA 531-STJ. AUSÊNCIA DE ALCANCE NOS CASOS DE PAGAMENTO INDEVIDO DECORRENTE DE ERRO DE CÁLCULO OU OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO. SALVO INEQUÍVOCA PRESENÇA DA BOA-FÉ OBJETIVA.

1. Delimitação do Tema: A afetação como representativo de controvérsia e agora trazido ao colegiado consiste em definir se a tese firmada no Tema 531/STJ seria igualmente aplicável aos casos de erro operacional ou de cálculo, para igualmente desobrigar o servidor público, de boa-fé, a restituir ao Erário a quantia recebida a maior.
2. No julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.244.182/PB (Tema 531/STJ), definiu-se que quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, de boa-fé, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, o que está em conformidade com a Súmula 34 da Advocacia Geral da União - AGU.
3. O artigo 46, caput, da Lei n. 8.112/1990 estabelece a possibilidade de reposições e indenizações ao erário. Trata-se de disposição legal expressa, plenamente válida, embora com interpretação dada pela jurisprudência com alguns temperamentos, especialmente em observância aos princípios gerais do direito, como boa-fé, a fim de impedir que valores pagos indevidamente sejam devolvidos ao Erário.
4. Diferentemente dos casos de errônea ou má aplicação de lei, onde o elemento objetivo é, por si, suficiente para levar à conclusão de que o servidor recebeu o valor de boa-fé, assegurando-lhe o direito da não devolução do valor recebido indevidamente, na hipótese de erro operacional ou de cálculo, deve-se analisar caso a caso, de modo a averiguar se o servidor tinha condições de compreender a ilicitude no recebimento dos valores, de modo a se lhe exigir comportamento diverso perante a Administração Pública.
5. Ou seja, na hipótese de erro operacional ou de cálculo não se estende o entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo n. 1.244.182/PB (Tema 531/STJ), sem a observância da boa-fé objetiva do servidor, o que possibilita a restituição ao Erário dos valores pagos indevidamente decorrente de erro de cálculo ou operacional da Administração Pública.
6. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: 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. (...)

Tratou-se, então, de uma flexibilização ainda maior das hipóteses de dispensa de restituição ao erário. Nesse caso decidido pelo STJ, a boa-fé do agente público, desde que comprovada, mostrou-se suficiente para afastar o dever de ressarcir, ainda que o recebimento indevido não tivesse decorrido de erro de interpretação pela Administração (erro de direito), mas de erro operacional ou de cálculo (erro de fato).

Na verdade, subjaz à dicotomia “erro de fato” e “erro de direito” a ideia de assimetria informacional: no caso de o servidor receber valor a maior por mero erro operacional, ser-lhe-ia mais fácil perceber o erro; de outro lado, quando o equívoco é de interpretação jurídica, não seria ela tão evidente à maioria dos servidores.

Assim, a própria ementa do julgado indicou que o erro interpretativo exigido pelo Tema 531/STJ seria somente um “elemento objetivo”, “por si, suficiente para levar à conclusão de que o servidor recebeu o valor de boa-fé”. Vale dizer, a presença de boa-fé passaria a ser o critério único e suficiente para dispensar o ressarcimento, constituindo o erro de direito mera presunção de que a boa-fé se faz presente – por isso mesmo, na hipótese de erro de fato, ela deveria ser devidamente comprovada.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal aparenta ser mais rigoroso com os critérios de dispensa de ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos, em muito se aproximando da posição do Tribunal de Contas da União. Em decisão datada de 2020³, fixou como requisitos cumulativos para a dispensa de ressarcimento ao erário a boa-fé do agente recebedor, o erro de interpretação pela Administração, o caráter alimentar das parcelas recebidas e a ausência de ingerência dos beneficiários nos pagamentos realizados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEVOUÇÃO DOS VALORES REFERENTES AOS QUINTOS E AO PERCENTUAL DE 10,87% (IPCr). IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. VANTAGEM CONCEDIDA POR INICIATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EM DECORRÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS. PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As quantias percebidas pelos servidores em razão de decisão administrativa dispensam a restituição quando: (i) auferidas de boa-fé; (ii) há ocorrência de errônea interpretação da Lei pela Administração; (iii) ínsito o caráter alimentício das parcelas percebidas, e (iv) constatar-se o pagamento por iniciativa da Administração Pública, sem ingerência dos servidores. Precedentes. (...)

Embora seja quase tão rigoroso quanto o TCU, o STF não exige que o erro interpretativo da lei pela Administração seja escusável, pelo que se torna, ainda que só ligeiramente, mais flexível do que a posição da Corte de Contas.

Fica claro, pois, que os diversos órgão federais que realizam interpretação jurídica têm diferentes visões sobre os requisitos hábeis a dispensar o ressarcimento ao erário por parte dos servidores. Esquemáticamente, pode-se apresentar assim a visão de cada um deles, da mais flexível (à esquerda) à mais rigorosa (à direita):

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Segundo Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.244-DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343477676&ext=.pdf>>. Acesso em: 15/01/2023.

QUADRO 1 – REQUISITOS PARA DISPENSA DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR PARTE DE AGENTES PÚBLICOS

Superior Tribunal de Justiça (STJ)	Temas Repetitivos nº 531 e 1009	Basta a comprovação de boa-fé por parte do agente receptor. O erro interpretativo por parte da Administração (erro de direito) é mero indicativo da existência da boa-fé.
Advocacia-Geral da União (AGU)	Súmula AGU Nº 34	Os requisitos são: a) Boa-fé pelo servidor público; e b) Errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.
Supremo Tribunal Federal (STF)	Segundo Ag. Rg. em MS nº 31.244-DF	Os requisitos são: a) Boa-fé pelo servidor público; b) Errônea interpretação da Lei pela Administração; c) Caráter alimentício das parcelas percebidas; e d) Pagamento por iniciativa da Administração Pública, sem ingerência dos servidores.
Tribunal de Contas da União (TCU)	Súmula TCU Nº 249	Os requisitos são: a) Boa-fé pelo servidor público; b) Erro <u>escusável</u> da Administração na interpretação legal; e c) Natureza alimentar/ salarial das parcelas.

Fonte: o próprio autor

A partir dos diversos critérios jurisprudenciais ora expostos, será feita a análise das hipóteses de dispensa de dever de ressarcir por parte de servidores públicos presentes no artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791, de 2 de julho de 2021, de modo a se aferir de qual orientação jurídica estão mais próximas.

5.2. Análise econômica do ressarcimento ao erário por agentes públicos

Uma vez abordados os aspectos estritamente jurídicos da controvérsia, passa-se agora à sua apreciação sob as lentes da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), de modo a se aferir quais são os incentivos gerados pelo artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021 aos agentes públicos destinatários, que serão tomados como agentes racionais que buscam a maximização de seu bem-estar.

Richard Posner (2004, p. 4), um dos precursores do movimento de *Law and Economics*, defende que a análise econômica do direito teria um aspecto heurístico,

outro descritivo e um terceiro normativo. No campo da heurística, a análise econômica do direito busca os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas. Na vertente descritiva, visa a identificar a lógica econômica, os efeitos das doutrinas e instituições do direito e as causas das mudanças jurídicas. Por fim, no aspecto normativo, a AED pontificaria sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta pelo direito.

É mais comum na literatura, contudo, a separação entre análise positiva (ou descritiva) e análise normativa, sendo que o aspecto heurístico de Posner acaba sendo absorvido pela primeira. Por essa dicotomia, a análise econômica poderia se dar no plano positivo (abordagem factual, meramente descritiva e sem juízo de valor) ou no plano normativo (abordagem prescritiva, calcada em juízos de valor). Esquemáticamente, tem-se:

QUADRO 2 – ANÁLISE POSITIVA E ANÁLISE NORMATIVA

Positivo	Normativo
É	Deve ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeiro/Falso	Bom/Ruim

Fonte: GICO JR. (2014, p. 14)

Partir-se-á, no presente tópico, de uma análise positiva, verificando os incentivos gerados pelas normas ora existentes - instituições formais por excelência.

Somente quando se for tratar especificamente da redação do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021 é que se passará à sua análise sob o prisma mais normativo, verificando-se se é a mais adequada a salvaguardar a defesa do erário. Buscar-se-á para tanto uma abordagem devidamente cuidadosa, sem descurar do alerta feito por Mackaay e Rousseau (2015, p. 674):

A utilização normativa da análise econômica do direito exige cautela. Entretanto, a análise econômica do direito permite, em quase qualquer circunstância, indicar os efeitos relevantes e por vezes não suspeitos das normas jurídicas. Para os juristas de países civilistas, habituados a pesquisar a unidade de seu direito, a análise econômica do direito propõe outra leitura que dá visibilidade a essa unidade. Isso constitui mudança a ser especialmente adotada pelos civilistas, mais até do que na tradição da *common law*.

5.2.1. Importância da Matriz Institucional

As instituições consubstanciam o substrato de regras formais e informais elaboradas pelas sociedades humanas para estruturar os incentivos no intercâmbio político, social ou econômico. Segundo Douglass North (1990), autor institucionalista, as instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições elaboradas pelos homens que dão forma à interação humana.

Em se tratando de análise de um texto normativo – instituição formal por excelência -, faz-se necessário, preliminarmente, explicitar a importância de instituições consolidadas e seguras para que exista previsibilidade possível a permitir o planejamento e a escolha racional dos agentes.

Para Mackaay e Rousseau (2015, p. 7), a análise econômica do Direito retoma a razão de ser das instituições jurídicas, na medida em que “postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las”. Indo além, Richard Posner (2009, p. 453) explica que a nova economia institucional, se por um lado rejeitou o formalismo econômico clássico e um foco somente no “mercado”, de outro, trouxe o estudo das instituições como algo mais palpável, buscando “as instituições concretas graças às quais os mercados funcionam”.

Em suma, são as instituições - formais e informais - o substrato sobre o qual as relações jurídicas e econômicas se travarão, razão pela qual sua importância é crucial no fomento ou inibição de determinadas condutas, bem como nos custos maiores ou menores associados a determinada iniciativa.

Ao tratar delas, Ronald Coase (1960, p. 31), por sua vez, vai defender uma comparação entre as diversas alternativas jurídicas possíveis, com os custos totais envolvidos, de modo a “idealizar arranjos institucionais que venham a corrigir defeitos em uma parte do sistema sem causar prejuízos mais sérios em outras partes”. Trata-se de uma muito bem-vinda análise econômica comparativa entre instituições potencialmente rivais, o que põe bastante em evidência as vantagens e desvantagens de cada modelo institucional.

Na busca pelas instituições “ótimas” para o atingimento de determinado fim é que a análise econômica do Direito encontra terreno fértil para se expandir, fazendo a análise das instituições dadas, o comparativo com alternativas possíveis e a estimativa de suas eventuais repercussões.

5.2.2. Teoria da Escolha Racional

A partir da teoria da escolha racional, no contexto da economia comportamental, depreende-se que os seres humanos têm preferências estáveis e um comportamento racional, baseado no objetivo de maximizar a utilidade para alcançar o maior bem-estar possível.

No ponto, Bruno Meyerhof Salama (2017, p. 25-26) bem explica que a teoria da escolha racional é um dos pilares da ciência econômica moderna, o que, não obstante, não a torna indene de críticas:

A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidade), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos. Uma escolha é portanto suscitada por uma vontade, e satisfazer esta vontade é a finalidade da escolha. Por isso, pressupõe-se que os indivíduos estão “maximizando suas utilidades”, sejam as utilidades quais forem (bens materiais, obrigações morais, saúde, etc.). A Teoria da Escolha Racional constitui uma das fundações da ciência econômica moderna, e ao longo das últimas décadas vem se tornando cada vez mais influente nas demais ciências sociais. Há também uma série de objeções à Teoria da Escolha Racional, sendo que a principal delas seria uma certa circularidade da Teoria: o comportamento do agente deve ser explicado em termos das suas preferências, porém, a única forma de compreendermos as preferências do agente é examinando suas escolhas reais, isto é, examinando o seu comportamento.

O comportamento maximizador de autointeresse será pressuposto para se aferirem os incentivos gerados por determinada hipótese de obrigação ou de dispensa de ressarcimento ao erário. Isso porque critérios menos rigorosos de ressarcimento podem vir a gerar comportamento oportunista nos agentes públicos que recebem parcelas indevidas, pois o seu silêncio a respeito prolongará o recebimento de valores que não terão de ser devolvidos.

De outro lado, critérios mais rigorosos de ressarcimento ao erário podem tender a gerar um comportamento mais cauteloso por parte dos agentes públicos, inclusive com a devolução, por iniciativa própria, de valores que entenderem terem recebido indevidamente.

Assim, uma dada estrutura de incentivos pode vir a maximizar a utilidade de indivíduos ao fazerem determinada escolha. Conforme ensina Diogo Augusto Vidal Padre (2021, p. 109);

Toda decisão envolve uma escolha entre dois ou mais cursos de ação. Se uma determinada situação não possibilitar qualquer alternativa, não haverá escolha nem decisão. Ao escolher, o tomador de decisão seleciona a opção que maximiza a sua utilidade, que é determinada em função de suas preferências subjetivas e de suas restrições. As unidades básicas de escolha são sempre os indivíduos. Diz-se que os indivíduos agem racionalmente porque suas escolhas buscam maximizar sua utilidade, dentro de dadas restrições, o que não inclui nenhuma suposição de serem eles egoístas ou altruístas. A teoria da escolha racional, corretamente entendida, não restringe a função objetivo nem as restrições, podendo explicar ações altruístas e egoístas, de pessoas ignorantes ou informadas, envolvendo escolhas privadas ou coletivas (...)

Sob o pálio da teoria da escolha racional, em suma, pode-se perscrutar qual seria o curso de ação mais racional a ser tomado em uma dada estrutura de incentivos e de instituições. Tal análise é fundamental até mesmo para eventualmente se questionar a estrutura de incentivos ora posta, propondo-se uma nova.

5.2.3. Os Estudos de *Learned Hand*

Dentre os critérios de eficiência para a aferição da responsabilidade civil na jurisprudência norte-americana, destaca-se a fórmula elaborada pelo juiz *Learned Hand*, no caso *United States vs. Carrol Towing Co.*, voltada a servir de parâmetro para a caracterização de condutas culposas. Conforme ensina Antônio José Maristrello Porto (2014, p. 183-184):

Segundo Hand, o potencial causador A de um dano terá agido com culpa se não houver adotado determinada medida de precaução cujos custos marginais de adoção sejam menores que a conseqüente redução do dano marginal esperado.

A partir disso, o teste de Hand consiste em encorajar o autor dos eventuais danos a tomar medidas de precaução, sob pena de ter de pagar o custo integral do prejuízo causado à vítima (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 146). No entanto, Cooter e Ulen (2016, p. 331-334) apontam o que chamam de “paradoxo da indenização”, em que o fato de a vítima dever ser ressarcida de todos os seus prejuízos funciona, curiosamente, como um desincentivo a que ela tome medidas preventivas.

Para vencer o paradoxo da compensação, os autores propõem incentivos eficientes, por meio da internalização de custos marginais, e não de custos totais (COOTER; ULEN, 2016, p. 335-336). O causador do dano estaria contratualmente obrigado a compensar os danos hipoteticamente esperados quando da divisão

contratual de riscos, mas não dos danos totais efetivamente experimentados. Assim, também a vítima teria incentivo a tomar medidas preventivas, pois não se veria integralmente compensada caso os danos reais extrapolassem aqueles esperados.

O juiz *Learned Hand* também teve o cuidado de separar duas categorias analíticas diversas: os acidentes entre estranhos e os acidentes entre partes que mantenham alguma relação entre si. No primeiro caso, espera-se que os custos de transação da resolução sejam elevados; no segundo, eles podem ser ou não elevados, conforme a situação. Conforme Eugênio Battesini (2010, p. 74):

Além de evidenciar o “conteúdo econômico da negligência”, implícito na análise custo/benefício desenvolvida pelo Juiz Learned Hand, outra contribuição de *A Theory of Negligence* para o desenvolvimento do contemporâneo padrão de análise econômica da responsabilidade civil reside na introdução de categorias analíticas tais como: acidentes entre estranhos, nos quais os custos de transação são inequivocamente elevados, demandando a regulação via sistema de responsabilidade civil, e; acidentes entre partes que mantenham relação contratual ou outro tipo de “relação de barganha”, nos quais os custos de transação podem ou não ser elevados, o que torna problemática a análise do impacto das regras de responsabilidade civil sobre o nível de acidentes e de segurança, ampliando o debate acerca do espectro de atuação de um sistema de responsabilidade civil (...)

No caso do ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos, está-se diante do segundo tipo de situação, pois existe um vínculo de natureza estatutária entre o servidor público ou militar e a Administração. Nesse contexto, os custos de transação podem ser maiores ou menores, conforme as normas que tratam do assunto sejam mais ou menos precisas nas hipóteses em que a reparação é devida e, de outro lado, naquelas em que é dispensada.

Há ainda uma complexidade aqui, que é o fato de, em alguns casos, não ter sido o próprio agente público quem deu causa ao dano, mas, por exemplo, o setor responsável pelas folhas de pagamento, que lançou valor indevidamente a maior. Ainda assim, contudo, os agentes públicos podem adotar medidas de precaução, tais como fazerem uma conferência minuciosa das rubricas lançadas em seus contracheques, o que potencialmente eliminaria o dano *a posteriori*, com a devolução imediata dos valores recebidos a maior.

Logo, mesmo no caso em que o ato lesivo não decorreu diretamente de ação do próprio agente público, sua omissão subsequente pode vir a ser decisiva na configuração ou não do dano. Por isso, pode-se cogitar de incentivos às medidas de precaução, na mesma linha defendida por Hand.

O paradoxo da compensação, por sua vez, não se faz presente aqui, eis que a mera existência de hipóteses de dispensa de reparação ao erário já evidencia que nem sempre o Estado se verá integralmente ressarcido, razão pela qual tem ele, desde já, incentivos a minorar os pagamentos indevidos a seus servidores.

5.2.4. Aplicação do Modelo dos Custos Sociais

Cooter e Ulen (2016, p. 199-201) trabalham um modelo mais geral e menos focado na conduta individualizada de cada agente, que busca a minimizar os custos sociais. O custo social é a soma do custo de exercício da precaução com o dano esperado, sendo que existe um nível de precaução ótimo que minimiza a função de custos sociais.

Isso porque o sistema de responsabilidade civil tem como objetivo a criação de incentivos para que as pessoas tomem decisões em face de um nível ótimo de precaução a ser adotado. Conforme Eugênio Battesini (2010, p. 139):

Além de criar incentivos para a adoção de nível eficiente de precaução, um sistema de responsabilidade civil tem por objetivo criar incentivos para que as partes envolvidas em situação de risco de acidentes adotem nível eficiente de atividade. Conforme Steven Shavell consigna, constitui “objetivo social a maximização da utilidade derivada da atividade realizada pelos causadores de danos, deduzida dos custos sociais totais, ou seja, deduzida dos custos de precaução e das perdas esperadas com acidentes”. De acordo com Michael Faure, “o insight básico por de trás da teoria econômica da responsabilidade civil é que as normas de responsabilidade civil são vista como um instrumento para induzir que atividades de risco sejam desenvolvidas em níveis eficientes”.

No caso de danos impostos ao erário em razão de pagamentos indevidos feitos a agentes públicos, pode-se falar ainda com mais propriedade em custos sociais, na medida em que haverá menos recursos disponíveis para a viabilização de políticas públicas. Logo, a busca do nível ótimo de precaução a ser adotado deve levar em conta a potencial socialização dos prejuízos gerada pelos casos em que o dano não for reparado.

Assim, da mesma forma que na aplicação do teste de Hand, também pelo modelo dos custos sociais pode-se chegar à conclusão que existe um nível eficiente de medidas de precaução. Pode-se, inclusive, cogitar de um nível ótimo das hipóteses de dispensa de reparação ao erário, calcado na premissa de minimizar os custos totais

(somando-se para tanto os custos de precaução dos agentes públicos com as perdas esperadas nos casos em que não houver a reparação do dano).

5.2.5. Aplicação da Teoria dos Jogos

Por fim, o último recurso típico de análise econômica do Direito que se pretende estudar é a teoria dos jogos, que se pode definir como a “análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros” (HILBRECHT, 2014, p. 115).

A teoria dos jogos estuda as interações estratégicas entre seres humanos, que podem ser jogos de puro conflito, de pura coordenação ou jogos mistos. Nas palavras de Mackaay e Rousseau (2015, p. 45):

Os jogos de puro conflito representam situações de completa oposição de interesses, sem espaço visível para entendimento – guerra total. O direito não tem espaço nessa área. Os jogos de simples coordenação, de sua parte, traduzem situação em que cada um dos participantes, para evitar um conflito, têm interesse em adotar comportamento compatível com o dos outros. A conduta, de forma sistemática, seja à esquerda ou à direita, de um ou outro, bem o ilustra. Há, enfim, os jogos “mistos”, nos quais a cooperação é vantajosa para os dois jogadores, mas em que é ainda mais vantajoso para um jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganá-lo, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação. São os últimos os jogos que ilustram melhor o papel do direito.

A relação entre o Estado e os seus agentes pode ser entendida como uma relação de coordenação, pois o interesse de se evitarem conflitos é mútuo. Porém, quando se está em tela o recebimento de valores a maior, pode-se cogitar de um jogo misto, pois o servidor tem o interesse em receber a mais, enquanto o interesse estatal é pagar tão somente aquilo que seja devido.

Segundo Cooter e Ulen (2016, p. 33), a modelagem da interação (do jogo) entre as pessoas é composta de três elementos: os jogadores, as estratégias disponíveis para cada jogador e os resultados (*payoffs*) de cada jogador para cada estratégia adotada. Considerando-se que os jogadores são racionais, pretende-se prever qual seria a escolha estratégica que irão realizar em dada situação.

Nesse contexto, pode haver uma estratégia dominante – aquela que permite a um jogador ter a maior recompensa, qualquer que seja a estratégia adotada pelo outro – ou mesmo o chamado equilíbrio de Nash, em que nenhum dos jogadores poderia

estar melhor ao escolher estratégia diferente. Conforme Eugênio Battesini (2010, p. 97-98):

O objetivo da teoria dos jogos é prever as escolhas estratégicas que os jogadores irão realizar, por exemplo, prever como os indivíduos reagem frente às normas jurídicas vigentes e como reagirão a alterações legislativas, previsão que, conforme Douglas Baird destaca, caracteriza a solução do jogo. Dois conceitos se evidenciam relevantes na solução de um jogo, o de estratégia dominante e o de equilíbrio de Nash. Estratégia dominante, de acordo com Armando Pinheiro e Jairo Saddi, é o “comportamento de um dos jogadores que lhe permite auferir uma recompensa maior, qualquer que seja a estratégia adotada pelo outro jogador”, ou, de acordo com Avinash Dixit e Barry Nalebuff, é o “curso de ação cujo desempenho supera todos os outros, independentemente do que os demais jogadores façam”. O equilíbrio de Nash, de acordo com Douglas Baird, Robert Gertner e Rendal Picker, é “a combinação de estratégias na qual nenhum dos jogadores poderia estar melhor ao escolher uma estratégia diferente, dada a estratégia que o outro jogador escolheu”, ou, a situação na qual “a estratégia de cada jogador é a melhor resposta à estratégia do outro jogador”.

Vê-se, pois, que estruturar o jogo, isto é, fixar as normas (as instituições) que indicarão os *payoffs* gerados (os incentivos) é crucial para direcionar as próprias estratégias dos jogadores racionais. As normas mais ou menos favoráveis a determinadas estratégias ajustarão os ganhos esperados dos jogadores, podendo eventualmente gerar como estratégia dominante justamente aquela que se pretende fomentar. Daí a importância de se estudar a teoria dos jogos.

Em se tratando de hipóteses de ressarcimento ao erário por parte de agentes públicos, o desejável é que as regras sejam tais que estimulem esses agentes a devolverem *sponte propria* eventuais valores recebidos a maior, que a sua estratégia dominante seja buscar espontaneamente essa devolução, por não valer a pena aguardar os riscos de um ressarcimento compulsório.

Por exemplo, dado um jogo em que os jogadores fossem o Estado e seu servidor que recebeu um valor indevido a maior de dez mil reais, ter-se-iam como estratégias para o Estado cobrar ou não cobrar o valor, e para o servidor ressarcir espontaneamente ou não.

Para incrementar os dados disponíveis, acrescente-se hipoteticamente que uma cobrança compulsória virá somada a uma multa de 30% (trinta por cento), enquanto a reparação espontânea dará direito ao servidor da retenção do mesmo percentual, a título de recompensa. Tal jogo poderia ser estruturado assim:

QUADRO 3 – JOGO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PELO AGENTE PÚBLICO

		Estado	
		Cobra o ressarcimento	Não cobra o ressarcimento
Servidor que recebeu valor a maior	Repara o dano espontaneamente	-7, -3	-7, -3
	Não repara o dano espontaneamente	-13, +3	0, -10

Payoffs: (Servidor, Estado), em milhares de reais

Fonte: o próprio autor

Vê-se que, com os *payoffs* dados, a estratégia dominante para o Estado seria sempre cobrar o ressarcimento. O servidor, por sua vez, não teria uma estratégia dominante num primeiro momento, mas, sabendo que a estratégia dominante do Estado seria sempre cobrar o ressarcimento, ele racionalmente optaria por reparar o dano espontaneamente.

Em suma, a teoria dos jogos pode vir a ser um importante instrumento para a estruturação das regras e, conseqüentemente, dos incentivos gerados nos agentes, fazendo com que eles passem a agir da forma que se espera deles. Uma boa norma, em última análise, é aquela que fará a distribuição dos *payoffs* para as estratégias possíveis de forma ótima para os objetivos pretendidos.

5.3. Análise crítica do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021

Vencida a explanação de cunho mais teórico, passa-se à abordagem direta das hipóteses de dispensa de ressarcimento consagradas no artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021, sendo a primeira dela, justamente, a existência de boa-fé do agente, somada à errônea interpretação da lei por parte da Administração:

Art. 3º Não estarão sujeitos à indenização e ao ressarcimento ao erário:
 I - os valores recebidos de boa-fé, em decorrência de errônea interpretação da lei por parte da Administração;
 (...)
 § 1º Para efeito de enquadramento no inciso I do caput, entende-se por razoável, ainda que errônea, a interpretação da norma quando houver evidente controvérsia sobre a aplicação do direito vigente.

Trata-se de hipótese que repete os requisitos fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema Repetitivo 531 – antes da maior flexibilização trazida

pelo julgamento do Tema Repetitivo 1009 -, bem como aqueles trazidos na Súmula nº 34 da Advocacia-Geral da União.

No que concerne ao caráter subjetivo da responsabilização, essa primeira hipótese só vem a confirmá-lo, pois a excludente seria justamente para afastar o caso em que o servidor não teve sequer culpa, pois estava de boa-fé. O erro de direito, imputado à Administração, não poderia penalizar o servidor, sob pena de se configurar responsabilização objetiva.

Poder-se-ia, contudo, ponderar que outros critérios cumulativos poderiam estar igualmente previstos, como ter a parcela natureza alimentar, e o erro da Administração na interpretação da lei ter sido escusável – pois, se fosse inescusável, o próprio servidor poderia tê-lo percebido, por ser erro grosseiro. Em outras palavras, o normativo poderia ter se valido cumulativamente de todos os requisitos trazidos na Súmula nº 249 do TCU.

O parágrafo primeiro do artigo 3º até parece exigir que o erro interpretativo seja escusável, pois utiliza o vocábulo “razoável”; porém, a redação do próprio inciso I deveria ter sido mais rigorosa para deixar claro que só o erro interpretativo “razoável” acarretará a dispensa do dever de indenizar.

Ainda, em cotejo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Segundo Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.244-DF, poder-se-ia também sugerir a inclusão do requisito de que o servidor não tivesse tido qualquer ingerência no pagamento que o beneficiou. Isso para evitar comportamentos oportunistas e de má-fé, mesmo que dissimulados.

Por se tratar o normativo em questão de matriz institucional formal, a sua precisão é de todo desejável para gerar os incentivos corretos nos agentes – de quem, como visto, espera-se uma escolha racional, maximizadora de utilidade. Seja pelo teste de Hand, seja pela aplicação do modelo dos custos sociais, espera-se que haja incentivos no agente de tomar medidas de precaução para minorar os danos. Por fim, pela análise da teoria dos jogos, espera-se que a estratégia de minorar os danos ao erário seja a dominante para o agente em questão.

Nesse contexto, percebe-se que a redação do inciso I do artigo 3º merece reparo, não só para acrescentar expressamente que só a interpretação errônea escusável é que exonerará o agente do dever de ressarcir, mas também para deixar claro que essa dispensa só vale para verbas de caráter alimentar, excluindo-se

expressamente as demais, e que não será aplicável na hipótese de o agente ter tido ingerência no pagamento indevido.

Só assim, com requisitos claros e bem delimitados e amparo na própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União, é que se poderão produzir os incentivos corretos, fomentando os agentes públicos a se anteciparem na reparação espontânea de valores recebidos fora dessas hipóteses, dado o receio de terem de ressarcir-los posteriormente com multa e correção monetária.

Vencida a primeira hipótese, passa-se à segunda, que consiste nos casos de caso fortuito ou força maior:

Art. 3º Não estarão sujeitos à indenização e ao ressarcimento ao erário:

(...)

II - o prejuízo ou dano que decorrer de caso fortuito ou fato decorrido de força maior;

(...)

§ 2º Nos casos previstos no inciso II do caput, devem ser levantadas as circunstâncias em que ocorreram, visando identificar a conduta dos agentes envolvidos e o nexo de causalidade quanto à ação, à omissão, ou, ainda, à falta de atenção, cuidado ou erro na execução, para validação da situação ocorrida.

O caso aqui trata de situações em que há o próprio rompimento do nexo causal entre conduta e resultado, razão pela qual não pode ser responsabilizado o agente. Trata-se de excludentes de nexo causal válidas tanto para a responsabilidade civil subjetiva quanto para a de caráter objetivo.

No ponto, mais importante é a redação do parágrafo segundo, que busca assegurar que a situação efetivamente constitua um rompimento do nexo causal, e não uma ocorrência “fabricada” apenas para se assemelhar a tanto. O dispositivo é especialmente relevante na aferição dos incentivos dos agentes racionais, que, de outro modo, poderiam se ver tentados a “disfarçar” uma dada situação de caso fortuito ou força maior para se verem isentos do dever de indenizar.

Assim, constando em norma que as circunstâncias serão apuradas, com a identificação da conduta dos agentes, evita-se, de antemão, uma conduta fraudulenta que poderia ser cogitada por esses mesmos agentes. Pela teoria dos jogos, o *payoff* de não ter de indenizar não vale a pena frente à possibilidade de responsabilização administrativa (e até penal) por uma conduta de má-fé.

Vê-se, pois, que o inciso II, somado ao parágrafo segundo, do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021 está bem atento à estruturação de incentivos de

agentes tidos por racionais, fazendo com que, entre ressarcir o erário e tentar simular uma situação de rompimento denexo causal, a estratégia dominante dos agentes públicos envolvidos seja a primeira.

Por fim, mencionem-se as duas últimas hipóteses contempladas no dispositivo:

Art. 3º Não estarão sujeitos à indenização e ao ressarcimento ao erário:
(...)

III - quando o responsável tenha sido absolvido por negativa de autoria ou inexistência do fato em processo penal transitado em julgado; e

IV - decorrentes de outros casos excludentes de responsabilidades previstas em lei.

O inciso III é mera decorrência de regra processual penal, no sentido de que a decisão penal que absolve por negativa de autoria ou por inexistência do fato repercute nas esferas civil e administrativa (artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal). Por sua vez, o inciso IV é uma hipótese residual, remetendo a outros casos expressamente previstos em lei de excludente de responsabilidade.

Trata-se de duas hipóteses meramente remissivas a outros textos legais, sem maiores considerações no que concerne à análise ora realizada.

6. Conclusão

O presente trabalho abordou as hipóteses de dispensa de reparação ao erário por agentes públicos, sob a perspectiva estritamente jurídica e sob as lentes do Direito e Economia, chegando, ao final, na análise crítica do artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021. A partir dos pontos perpassados, podem-se ora sumarizar as conclusões a que se chega.

De início, pontuou-se que a responsabilidade civil dos agentes públicos frente ao Estado tem natureza subjetiva, carecendo de dolo (caracterizado pelo binômio consciência e vontade) ou culpa (nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia) para que surja o dever de indenizar. A demanda de responsabilidade civil subjetiva é regida pelo princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa - *unuscuque sua culpa nocet* -, sendo comparável a uma corrida de duas barreiras, em que o autor deve primeiro se desincumbir do ônus de provar a culpa ou dolo para, em seguida, demonstrar o dano.

Em seguida, viu-se o tratamento dado pelos Tribunais pátrios na questão das hipóteses de dispensa de ressarcimento ao erário por agentes públicos, salientando que não existe um endereçamento uniforme da matéria. Os diversos órgãos federais que realizam interpretação jurídica (STF, STJ, TCU e AGU) têm diferentes visões sobre os requisitos hábeis a dispensar o ressarcimento ao erário por parte dos servidores, havendo desde a posição mais flexível, do Superior Tribunal de Justiça, até a mais rigorosa, manifestada pelo Tribunal de Contas da União.

Passando-se ao ferramental teórico fornecido pela análise econômica do Direito, foi exposta a importância da matriz institucional, dado que as instituições são o substrato sobre o qual as relações jurídicas e econômicas se travarão, sendo sua importância crucial no fomento ou inibição de determinadas condutas, bem como nos custos maiores ou menores associados a determinada iniciativa. Na mesma linha, a teoria da escolha racional, ao pressupor que os seres humanos têm preferências estáveis e um comportamento racional, baseado no objetivo de maximizar a utilidade para alcançar o maior bem-estar possível, indica que critérios menos rigorosos de ressarcimento ao erário podem vir a gerar comportamento oportunista nos agentes públicos que recebem parcelas indevidas, pois o seu silêncio a respeito prolongará o recebimento de valores que não terão de ser devolvidos.

Explanado, em linhas gerais, o teste de *Learned Hand* - segundo o qual o potencial causador de um dano terá agido com culpa se não houver adotado determinada medida de precaução cujos custos marginais de adoção sejam menores que a conseqüente redução do dano marginal esperado -, conclui-se que, mesmo no caso em que o ato lesivo não decorreu diretamente de ação do próprio agente público, sua omissão subsequente pode vir a ser decisiva na configuração ou não do dano, razão pela qual se pode cogitar de incentivos às medidas de precaução. Na mesma linha, demonstrou-se que o “paradoxo da compensação” não se faz presente na relação entre o Estado e seus agentes, eis que a mera existência de hipóteses de dispensa de reparação ao erário já evidencia que nem sempre o Estado se verá integralmente ressarcido, razão pela qual tem ele, desde já, incentivos a minorar os pagamentos indevidos a seus servidores.

Ato contínuo, apresentou-se o modelo dos custos sociais, de Cooter e Ulen, a partir do qual se pode chegar à conclusão que existe um nível eficiente de medidas de precaução. Pode-se, inclusive, cogitar de um nível ótimo das hipóteses de dispensa de reparação ao erário, calcado na premissa de minimizar os custos totais (somando-se para tanto os custos de precaução dos agentes públicos com as perdas esperadas nos casos em que não houver a reparação do dano).

O último ferramental de AED analisado foi a teoria dos jogos, um importante instrumento para a estruturação das regras e, conseqüentemente, dos incentivos gerados nos agentes, fazendo com que eles passem a agir da forma que se espera deles. Isso porque uma boa norma, em última análise, é aquela que fará a distribuição dos *payoffs* para as estratégias possíveis de forma ótima para os objetivos pretendidos.

Por fim, passou-se à abordagem direta das hipóteses de dispensa de ressarcimento consagradas no artigo 3º da Portaria GM-MD Nº 2.791/2021, chegando-se à conclusão de que a redação do dispositivo merece melhoria, em especial no seu inciso I, de modo a contemplar requisitos claros e bem delimitados, a partir dos quais se poderão produzir os incentivos corretos, fomentando os agentes públicos a se anteciparem na reparação espontânea de valores indevidamente recebidos.

7. Referências

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Orgs.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

BATTESINI, Eugênio. A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: Dos Precursores à Pós-modernidade. In: Amanda Flávio de Oliveira; Fernando Boarato Meneguim. (Org.). *Law and Economics: entre a história e temas contemporâneos*. 1ed.Brasília: WebAdvocacy, 2021, v. 1, p. 9-104.

_____. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. Porto Alegre, 2010. 450 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Súmula nº 34*. Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/sumulas-da-advocacia-geral-da-uniao-300416022>>. Acesso em: 15/01/2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.244.182-PB*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de outubro de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1244182>. Acesso em: 15/01/2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.769.306-AL*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 10 de março de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?p=true&novaConsulta=true&quantidadeResultadosPorPagina=10&i=1&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1009&cod_tema_final=1009&ordenacaoCriterio=1&ordenacaoDecrescente=1>. Acesso em: 15/01/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Segundo Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.244-DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343477676&ext=.pdf>>. Acesso em: 15/01/2023.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 249*. É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 15/01/2023.

CALABRESI, Guido. *O Futuro do Direito e Economia: Ensaios para Reforma e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

COASE, Ronald H. *A Firma, o Mercado e o Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

_____. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, oct. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 115.

LOPES, H. C. *Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North*. *Brazilian Journal of Political Economy*, 33(4), 619-637, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PADRE, Diogo Augusto Vidal. O ativismo judicial em políticas públicas: uma abordagem à luz da economia política robusta. In: Amanda Flávio de Oliveira; Fernando Boarato Meneguim. (Org.). *Law and Economics: entre a história e temas contemporâneos*. 1ed. Brasília: WebAdvocacy, 2021, v. 1, p. 105-134.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

_____. *Para Além do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – volume único [livro eletrônico]*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review*, v. 50, n. 1471, May 1998, p. 1471-1550.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único [livro eletrônico]*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; METODO, 2021.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável