

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ORLANDO DA COSTA JUNIOR

**RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR INDEVIDAMENTE A
TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA, DECORRENTE DE ERRO
MATERIAL DA ADMINISTRAÇÃO**

**FLORIANÓPOLIS
2008**

ORLANDO DA COSTA JUNIOR

**RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR INDEVIDAMENTE A
TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA, DECORRENTE DE ERRO
MATERIAL DA ADMINISTRAÇÃO**

Monografia apresentada ao
Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito
à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

ORIENTADOR: LUIS CARLOS CANCELLIER DE OLIVO

**FLORIANÓPOLIS
2008**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Restituição de valores pagos a maior indevidamente a título de pensão alimentícia, decorrente de erro material da Administração”, elaborada pelo acadêmico Orlando da Costa Junior e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove vírgula cinco), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 04/12/2008.

Prof. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Prof.^a Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Prof.^a Renata Raupp Gomes

Aos meus pais, sempre incentivadores dos meus estudos e, conseqüentemente, de todas as minhas conquistas até hoje. A vocês, pai e mãe, o meu eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à **Deus** por ter me guiado durante toda a trajetória acadêmica, não me deixando faltar saúde, força e vontade para vencer todos os obstáculos.

O meu agradecimento especial vai para aquela que viu eu entrar na Universidade, mas que Deus não quis que ela visse eu me formar, momento este que ela tanto esperava, a ti minha avó (falecida), **Adélia da Rosa Rego**, a onde estiveres o meu profundo agradecimento.

À minha mãe **Sonia Regina Rego da Costa**, pelas palavras de sabedoria e paz, e por fazer-me compreender que a vitória se conquista de degrau em degrau na luta em vida.

Ao meu pai **Orlando da Costa**, por sempre ter sido um grande amigo, colega e companheiro de todas as jornadas, não medindo esforços para me ajudar a tornar-me um vencedor.

Aos meus irmãos, **Rodrigo e Simone** por serem sempre solidários em todos os momentos da minha vida.

Á todos os colegas de trabalho e Universidade pelo apoio a mim dedicados.

Ao meu orientador, Professor Doutor **Luiz Carlos Cancellier de Olivo**, mestre que admiro pelo conhecimento e competência profissional.

A percepção do desconhecido é a mais fascinante das experiências. O homem que não tem os olhos abertos para o misterioso passará pela vida sem ver nada. (Albert Einstein)

A aprovação desta presente monografia não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A obscuridade nas leis e na jurisprudência que cerca erros administrativos materiais que causam prejuízos a terceiros em um instituto com várias particularidades como o é a Pensão Alimentícia, ou mesmo a falta de abordagem do tema específico ora suscitado, causa desconforto e insegurança ao Administrador Público na hora de buscar soluções para repor ao servidor público valores pagos a maior a título de pensão alimentícia por erro material. Ademais, a grande intensificação do instituto da pensão alimentícia, em virtude do maior esclarecimento da população sobre seus direitos, aumenta a possibilidade de ocorrência da situação-problema.

O presente estudo tem por objetivo principal analisar, a luz do direito administrativo, a problemática envolvida em uma situação no qual o servidor implanta um desconto a título de alimentos que deveria ter como base de cálculo os rendimentos líquidos do mesmo, porém equivocadamente considera os rendimentos brutos. Por conseguinte será estudada a responsabilidade do ente Público e do servidor responsável pelo erro material, bem como as possibilidades de resolução da controvérsia dentro das alternativas legais disponíveis.

Para isso, busca-se fazer um breve resgate histórico dos institutos tratados, bem como análise dos fatores envolvidos frente a legislação vigente e jurisprudência, aproveitando para fazer uma abordagem doutrinária dos conceitos debatidos, para chegar as possíveis soluções e implicações da controvérsia levantada, e analisar as conseqüências para os sujeitos envolvidos.

Palavras-chave: Alimentos; Desconto em folha de pagamento; Direito Administrativo; Responsabilidade da Administração Pública.

ABSTRACT

The blackness in the laws and the jurisprudence that surrounds material administrative errors that cause damages third in an institute with some particularities as it is the Alimony, or same the lack of boarding of the specific however excited subject, cause discomfort and unreliability to the Public Administrator in the hour to search solutions to retribute to the public server paid values from alimony the greater, for a reason or purpose resulting of material error. Moreover, the great intensification of the institute of the alimony, in virtue of the biggest clarification of the population on its rights, increases the possibility of occurrence of the situation-problem.

The present study it has for main objective to analyze, the light of the administrative law, problematic involved in a situation which the employee implants a discounting for a reason or purpose foods that must have as base of calculate the net incomes of the same, however making a mistake considers the gross incomes. Therefore the responsibility of the Public Power and the responsible server for the material error will be studied, as well as the possibilities of resolution of the controversy inside of the available legal alternatives.

For this, searches to make a briefing has rescued description of the treated justinian codes, as well as analysis of the involved factors front the current law and jurisprudence, using to advantage to make a doctrinal boarding of the debated concepts, to arrive the possible solutions and implications of the raised controversy, and to analyze the consequences for the involved citizens.

Keywords: Foods; Payroll withholding of payment; Administrative law; Responsibility of the Public Administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.1 Evolução Histórica da Pensão Alimentícia.....	12
1.2 Evolução legislativa da Pensão Alimentícia no Brasil.....	14
1.3 Desconto em folha de pagamento	18
CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DOS ATOS E FATOS ADMINISTRATIVOS E CLASSIFICAÇÃO DO ATO EM ANÁLISE FRENTE À TEORIA ADMINISTRATIVA...27	
2.1 Direito Administrativo: Atos e Fatos Administrativos.....	27
2.2 Características do ato em análise em relação à teoria administrativa	32
CAPÍTULO 3 – A SITUAÇÃO JURÍDICA DA PROBLEMÁTICA LEVANTADA FRENTE À LEGISLAÇÃO E PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INSTITUTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA	41
3.1 Enriquecimento sem causa, o Direito de Família e a Administração Pública	41
3.2 Ponderabilidade do Princípio da Irrepetibilidade da Pensão Alimentícia face os princípios do Direito Administrativo.....	46
3.3 Possibilidade de implementação de compensação da verba alimentícia paga a maior pela Administração	53
CAPÍTULO 4 – A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO SERVIDOR PÚBLICO	58
4.1 Responsabilidade da Administração Pública.....	58
4.2 O dano indenizável	64
4.3 Responsabilidade do servidor público	68
CONCLUSÕES	73
REFERÊNCIAS.....	77
APÊNDICE A – DEFESA DA MONOGRAFIA.....	80

INTRODUÇÃO

Esta obra objetiva analisar a problemática resultante de uma ação equivocada da Administração Pública que pode causar prejuízos a seus servidores e terceiros. E por envolver institutos que possuem muitas particularidades e regras, merece uma análise multidisciplinar, a luz do Direito de Família, Direito Administrativo e das Teorias de Responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Percebe-se atualmente – malgrado as críticas ao deficiente acesso a Justiça no Brasil – um maior desenvolvimento nas garantias àqueles que precisam de assistência para a manutenção de sua subsistência, inclusive recentemente, garantindo alimentos mesmo aos nascituros. Por conseguinte a procura pelo resguardo do Instituto de Alimentos está mais difundido entre a população, o que leva a maior probabilidade de surgirem problemas em alguns aspectos práticos ainda não totalmente esclarecidos.

Desta forma, este trabalho final de graduação irá procurar esclarecer as teorias envolvidas em uma situação prática específica e suas possíveis soluções dentro de certas variáveis. O caso desenvolvido será a implantação de um desconto em folha de pagamento de um servidor público federal, de uma pensão alimentícia. Contudo, por erro material do administrador público, a pensão que deveria ser incluída com base nos rendimentos líquidos do mesmo, é incluída com incidência sobre os rendimentos brutos, gerando pagamento a maior da pensão.

Diante disso, inicialmente irá se realizar uma abordagem histórica sobre o instituto dos alimentos, a fim de esclarecer as particularidades do tema, pois a melhor forma de compreender-se uma teoria é saber qual sua origem, e como foi seu desenvolvimento. A partir daí será possível tratar de suas características a luz da doutrina e legislação atuais, bem como dos procedimentos específicos adotados que irão originar a situação trabalhada.

Não obstante, o envolvimento da Administração Pública traz consigo todo um regramento próprio que terá que ser analisado para possibilitar a análise de todos os fatores envolvidos na relação jurídica criada.

Será importante então, uma definição específica e técnica das ações executadas pela Administração Pública, para atender a ordem judicial de

implantação de um desconto em folha de pagamento do servidor. Por tal, a análise dos conceitos de fatos e atos administrativos poderá determinar onde exatamente ocorreu o erro administrativo, suas conseqüências e possibilidades de correção pelos meios que o próprio Estado dispõe.

Destarte, qualquer procedimento administrativo ou judicial é regido por princípios próprios que devem orientar a aplicação das regras legislativas. Assim, uma vez conhecidos as especificidades dos dois “direitos” envolvidos, mister analisar os princípios que norteiam a situação tanto de Direito de Família quanto de Direito Administrativo, para determinar se efetivamente existe uma colidência entre os mesmos.

Diante de um possível confronto de princípios, deve-se ponderar como incidiriam sobre o caso, de modo a procurar determinar as possibilidades de relativização de uns frente a outros, de acordo com os mecanismos da hermenêutica jurídica. Tentar-se-á demonstrar que alguns princípios tão eloqüentemente defendidos não são absolutos, devendo-se verificar à quais situações são aplicáveis e quais suas particularidades antes de utilizá-los genericamente em qualquer hipótese.

Ainda convém lembrar que dentre as atitudes possíveis, será demonstrado que algumas poderão ensejar danos aos atores envolvidos, por conseguinte será abordado as responsabilidades dos sujeitos frente aos danos que causarem ou sofrerem.

Para tal, inicialmente serão abordadas as teorias de responsabilização do Estado historicamente visando abarcar os desígnios da teoria adotada pelo Direito Brasileiro, tendo por objetivo compreender como se aplicarão na análise do caso concreto exposto. A partir daí poderá se determinar como compor estes prejuízos respeitando as normas jurídicas e princípios de direito, bem como demais conseqüências, considerando as características de cada personagem que compõem as variáveis da hipótese em análise.

O presente trabalho fundamentar-se-á na pesquisa a doutrina, nos diplomas legais, e artigos de revistas referentes ao tema proposto.

A metodologia a ser adotada neste trabalho consistirá na consulta bibliográfica, diplomas legais e artigos publicados na internet.

CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PENSÃO ALIMENTÍCIA E SUAS CARACTERÍSTICAS

1.1 Evolução Histórica da Pensão Alimentícia

O dever de prestar assistência a familiares e ex-conviventes¹, embora apenas recentemente tenha ganhado maior expressão na sociedade brasileira, tem seus primórdios na história mais antiga da humanidade. Desde a Babilônia já era obrigação resguardada pelo Estado a garantia do dever de proporcionar meios de sobrevivência ao ex-cônjuge, concubina e filhos. Pode-se observar isso no Código de Hamurabi que data da Primeira Dinastia da Babilônia, em seus artigos 137, 138 e 148:

137º - Se alguém se propõe a repudiar uma concubina que lhe deu filhos ou uma mulher que lhe deu filhos, ele deverá restituir àquela mulher o seu donativo e dar-lhe uma quota em usufruto no campo, horto e seus bens, para que ela crie os filhos. Se ela criou os seus filhos, lhe deverá ser dado, sobre todos os bens que seus filhos recebam, uma quota igual à de um dos filhos. Ela pode esposar o homem do seu coração.

138º - Se alguém repudia a mulher que não lhe deu filhos, deverá dar-lhe a importância do presente nupcial e restituir-lhe o donativo que ela trouxe consigo da casa de seu pai e assim mandá-la embora.

139º - Se não houve presente nupcial, ele deverá dar-lhe uma **mina**, como donativo de repúdio.

148º - Se alguém toma uma mulher e esta é colhida pela moléstia, se ele então pensa em tomar uma segunda, não deverá repudiar a mulher que foi presa da moléstia, mas deverá conservá-la na casa que ele construiu e sustentá-la enquanto viver.²

No artigo 137 existia a previsão de dar quota em usufruto no campo para prover o sustento da esposa e seus filhos, pode ser considerado um dos primórdios da pensão alimentícia. E no artigo 148 vê-se o dever de sustento de ex-cônjuge, embora naqueles tempos a assistência fosse realizada mantendo-se a esposa sobre o mesmo teto. Resguardada as grandes diferenças daquela sociedade antiga, ainda

¹ Considera-se ex-conviventes sinônimo de ex-cônjuge, ou seja, aqueles que estiveram ligados um ao outro por casamento.

² JOHNS, Claude Hermann Walter (Comp.). **O código de hamurabi**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>. Acesso em: 16 set. 2008.

assim pode-se observar a intenção de Hamurabi em prover subsistência àqueles que não o podem por si só.

Desta forma, comparando com o instituto atual da pensão alimentícia, observam-se algumas semelhanças, uma vez que os Alimentos possuem um conceito amplo, não se restringindo somente a verba monetária, mas abrangendo qualquer coisa necessária a manutenção de uma pessoa, conforme assevera Fiúza:

Considera-se alimento tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, habitação, saúde, educação, vestuário e lazer. A chamada pensão alimentícia, soma em dinheiro para prover os alimentos, deve, em tese, ser suficiente para cobrir todos esses itens ou parte deles, dependendo se a obrigação do alimentante for integral ou parcial.³

Sendo assim, naquela sociedade antiga já havia a preocupação do Estado na manutenção dos familiares ou ex-cônjuges, e alguns procedimentos específicos atuais também já tinham sido esboçados, como por exemplo em relação ao atual desconto em folha, naquela época tinha-se a quota em usufruto do campo.

Além disso, nota-se também na codificação Babilônica uma preocupação com o equilíbrio financeiro das pessoas, no art. 138 observa-se que o repúdio da mulher provocava a busca pelo *status quo ante*, talvez num lineamento do que hoje em dia seria o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Por conseguinte isso demonstra o que Maria Helena Diniz preleciona, em que mesmo os ordenamentos mais antigos já procuravam legislar sobre família, tutela e alimentos, conforme a mesma:

Em todo tempo a ordem jurídica estabeleceu o dever de assistência à família, nas pessoas que compõem esse agrupamento social. Os institutos do pátrio poder e da tutela sempre tiveram acolhida em nosso e nos alheios sistemas jurídicos. Igualmente tem merecido atenção o direito aos alimentos na ordem familiar.⁴

Mas apesar de já cogitado em ordenações mais antigas, foi com o Direito Romano que se teve o principal antecedente histórico que deu origem ao instituto moderno dos alimentos.

³ CESAR Fiúza. **Direito civil – curso completo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 163.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Instituições de direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, V., p. 24.

Nota-se na evolução do instituto da pensão alimentícia uma ampliação ao longo das codificações que o receberam, no Direito Romano observa-se isso com Ulpiano, importante jurista que inclusive tratava da reciprocidade de alimentos entre ascendentes e descendentes. As ordenações Filipinas foram fieis ao Direito Romano abordando o mesmo assunto e ampliando-o na medida em que previam que na falta de parentes próximos, os alimentos recairiam nos graus mais remotos progressivamente.⁵

As Ordenações também relativizaram o pátrio poder, ampliando os poderes daqueles submetidos ao mesmo. Enquanto nas codificações Romanas o filho dominado pelo pátrio poder precisava de consentimento do *Pater familie* para qualquer ato, nas Ordenações permitiu-se que os filhos entrassem em juízo contra os pais para exigir alimentos, conforme Marnoco e Souza:

O filho não podia estar em juízo, nem obrigar-se sem o consentimento do pai. O direito canônico exerceu nesta matéria uma influencia benéfica, porquanto permitiu ao filho estar em juízo contra o pai por causas diversas das dos pecúlios, contrariamente ao que determinava o direito romano. É por isso que as Ordenações permitiram aos filhos estarem em juízo contra o pai, não só por causa dos pecúlios, mas também por alimentos e emancipação (Ord., liv. III, tit. IX).⁶

1.2 Evolução legislativa da Pensão Alimentícia no Brasil

Conforme exposto anteriormente, devido à influência do Direito Romano no Direito Brasileiro, o instituto da pensão alimentícia foi incorporado à compilação civil nacional já no Código civil de 1916. Essa primeira codificação, resultado da influência do direito português que vigorou no Brasil antes e após a independência, trazia direta ou indiretamente muitos elementos do Direito Romano, conforme prelecionado por Rolim:

⁵ LEITE, Gisele. **Alimentos**: considerações gerais e jurídicas sobre alimentos. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/22/2822/>>. Acesso em: 10 out. 2008.

⁶ SOUZA, Marnoco e. **Direito romano, peninsular português**. 3. ed. Coimbra: França Amado, 1910, p. 204-205.

Desde o descobrimento e até mesmo após a independência, o direito que vigorou no Brasil foi o direito português, contido nas *Ordenações do Reino: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas* – códigos de leis que tinham raízes eminentemente romanas, conforme visto anteriormente.

O ordenamento jurídico brasileiro tem, pois, as mesmas origens e características do direito português, podendo-se mesmo afirmar que as normas contidas na antiga *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviário de Alarico* vigoraram no Brasil, de forma indireta, através das *Ordenações do Reino*, que aqui vigoraram durante o período Brasil – Colônia.

Toda a estrutura do direito civil brasileiro – seus princípios, critérios, classificações, métodos e ritos processuais – , portanto, são eminentemente construções romanas. Dos 1.807 artigos do Código Civil, aproximadamente 1.445 deles provêm, direta ou indiretamente, do Direito Romano contido no *Digesto*.⁷

Ainda que influenciado pelo Direito Romano, o Código Civil de 1916 ainda adotava um perfil conservador em relação ao mesmo em alguns pontos, inclusive não admitindo a dissolução do casamento. O código de 1916 permitia apenas a separação de fato, com direito a separação de bens e pagamento de pensão alimentícia. Já nas Codificações Romanas dos primeiros séculos da Era Cristã, o casamento podia ser dissolvido de algumas formas além da morte, de acordo com Rolim: por causa natural (*capitis deminutio máxima*); pelo divórcio; cativo; ou por alguma outra servidão que sobrevenha a um dos cônjuges.⁸

O Código de 1916 tratava exclusivamente dos alimentos decorrentes de relações de parentesco, os alimentos devidos entre companheiros integrantes de uma União Estável somente vieram a ser previstos pela Lei 8.971 de 1994 (regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão) e em 1996 com a Lei 9.278 (regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal que trata da união estável), tendo estas sido editadas com o fim de regulamentar a União Estável trazida pela Constituição de 1988. Por isso naquela época algumas características da obrigação alimentar como a intransmissibilidade (art. 402, CC/1916) e a indisponibilidade (art. 404, CC/1916) eram exclusivas das relações decorrentes de parentesco uma vez que regravam apenas as relações alimentares constantes naquele Código Civil.⁹

A lei 9.278 trouxe algumas inovações ao Instituto de Alimentos entre conviventes, deixando de exigir um período de 5 anos para poderem pedir

⁷ ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 138.

⁸ ROLIM, L., 2008, p. 185.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, V., p. 34.

alimentos, o que permitia o arbítrio do juiz em verificar cada caso, e além disso, segundo Rizzardo, algumas alterações importantes promovidas por esta lei foram que

O direito a alimentos passou a encontrar base também em seu art. 2º: 'São direitos e deveres iguais dos conviventes: ... II – A assistência moral e material recíproca'. Complementava o art. 7º: 'Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos'.

Ficou assegurado o direito a alimentos ao convivente necessitado, após a dissolução, como decorrência da imposição à assistência moral e material recíproca enquanto vigorante a união. (...) ¹⁰

Por conseguinte, com a promulgação do Código Civil de 2002, ocorreram mais algumas alterações no instituto dos Alimentos ficando revogadas as leis subjetivas que versavam sobre a matéria, qual sejam, o Código Civil de 1.916, a Lei 6.515/77 (alimentos na separação e divórcio), e a Lei 9.278/96 (alimentos entre companheiros), ressaltando que a Lei 8.971/94 já havia sido revogada pela Lei 9.278/96. Importante salientar que a revogação não se estendeu às leis processuais. Desta forma, agora todas as características da obrigação alimentar em decorrência de parentesco passaram a abranger também a obrigação originada pela União Estável.¹¹

O Código Civil de 2002, regulamentando o Instituto dos Alimentos acabou estendendo os requisitos exigidos para alimentos provenientes de casamento para a União Estável, inclusive o fundamentado no princípio da reciprocidade, a irrenunciabilidade, e também as causas de extinção da obrigação, como superveniente casamento, união estável, procedimento indigno em relação ao alimentante, entre outros.¹²

Contudo, o Código de 2002 também trouxe algumas questões que os tribunais já estavam deixando de considerar, como a culpa. O binômio necessidade-possibilidade vem tratado no parágrafo primeiro do artigo 1.694, em dispositivo que reproduz o artigo 400 do Código de 1916, e em uma análise literal o equacionamento desse requisito passa a sofrer o influxo da culpa, qualquer que seja

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.849.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 443.

¹² RIZZARDO, A., 2004, p.851.

a origem da obrigação alimentar, de acordo com o que dispõem o parágrafo segundo do mesmo. Entretanto Maria Berenice Dias em consonância com Rizzardo¹³ assevera que a culpa só será discutida em alimentos decorrentes de casamento, bastando nos demais casos como União Estável provar a relação e a necessidade:

Tanto os companheiros, quanto os cônjuges e os parentes têm o direito de pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem (1.694). Na separação judicial, o tema da culpa serve como elemento para limitar o valor dos alimentos. Somente o inocente faz jus à pensão alimentícia para viver de modo compatível com a sua condição social. O cônjuge considerado culpado pela separação tem direito a perceber pensão do outro somente para garantir a própria subsistência, se não tiver aptidão para o trabalho ou parentes em condições de assumir o encargo (1704 § único). Tal dispositivo fala só em cônjuge, não se referindo à união estável.

Este não é o único motivo para excluir da união estável a possibilidade de os alimentos sofrerem limitações. A diferenciação quantitativa decorre do reconhecimento da culpa do cônjuge necessitado. Essa perquirição só cabe ser feita quando os alimentos são fixados na ação de separação judicial. Comprovada a responsabilidade do alimentando pela ruptura da vida em comum, o valor dos alimentos é achatado. Na união estável, a ação serve tão-só para identificar o lapso temporal de vigência do relacionamento. Culpas ou responsabilidades não integram a ação.¹⁴

Rizzardo, em posição mais coerente, afasta a necessidade de ser provada a culpa em qualquer situação que não seja dissolução de casamento (regida por regramento próprio), pois qualquer outra forma de culpa poderia ensejar a não existência de direito a alimentos, por exemplo, se a pessoa tem capacidade para laborar e não o faz não pode ser ampara pela lei. O que precisa ser provado é a possibilidade e necessidade, então se a pessoa é capaz e não trabalha isso poderá ser argüido em matéria de defesa para fins de exoneração, de qualquer modo é uma questão bastante complicada provar que alguém esta em situação precária por sua própria culpa.¹⁵

Vale dizer que o artigo 25 da Lei 5.478/68, dispõe que é necessária a anuência do alimentando capaz para que possa ser estipulada modalidade de prestação não pecuniária. Embora faça remissão ao artigo 403 do Código de 1916, de conteúdo quase idêntico ao artigo 1.701, por não revogada a Lei de Alimentos e

¹³ RIZZARDO, A., 2004. p.774.

¹⁴ DIAS, M., 2005. p. 176.

¹⁵ RIZZARDO, A., 2004. p.739.

por não se mostrar incompatível com o que dispõe o Código Civil de 2002, mantém-se em vigor. Na hipótese, pois, impõe-se que o juiz ao pretender estipular essa modalidade de prestação colha a manifestação do alimentando, que terá o direito de não anuir, o que é razoável, pois não se pode impor a uma pessoa maior de idade que passe a residir com outra.¹⁶

Já na modalidade da prestação pecuniária o alimentante não terá como recusar o pagamento, nem terceiros poderão se negar a executar ordens judiciais nesse sentido. Por exemplo, se um juiz ordena que uma empresa efetue desconto em folha de pensão alimentícia, esta terá que cumprir a decisão sob pena dos responsáveis incorrerem no crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, além das penalidades administrativas no caso de servidor público.¹⁷

1.3 Desconto em folha de pagamento

Para garantir o pensionamento o credor dispõe dos seguintes meios: ação de alimentos regida pela Lei 5.478/68; execução por quantia certa, art. 732 do CPC; penhora em vencimento de magistrados, professores e servidores públicos¹⁸; soldos de militares e salários em geral e inclusive subsídios de parlamentares (art. 649, IV do CPC); reserva de alugueres de prédios do alimentante (art. 17 da Lei 5.478/68; constituição de garantia real ou fidejussória e de usufruto (Lei 6.515/77, art. 21); a prisão do devedor (Lei 5.478/68, art. 21, art. 733 do CPC); e finalmente, o desconto em folha de pagamento da pessoa obrigada (art. 734 do CPC).¹⁹

Vimos que já havia institutos semelhantes ao desconto em folha de pagamento na Codificação Babilônica, bem como no direito Romano. O usufruto de quota do campo era um deles, hoje em dia além de outras possibilidades tem-se a reserva de alugueres de prédios do alimentante, instituto que também guarda certa semelhança com o desconto nos rendimentos do alimentante.

¹⁶ DIAS, M., 2005, p. 87.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 17. ed. São Paulo: Atlas SA, 2001, v. I. p.50.

¹⁸ Consideram-se como servidores públicos, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. (Di Pietro, 2000, p.354)

¹⁹ RIZZARDO, A., 2004, p.827.

Mais especificamente, o instituto previsto no art. 16 da Lei de Alimentos que remete ao Art. 734 do Código de Processo Civil Brasileiro vigente, prevê o desconto em folha de pagamento de funcionários públicos²⁰ e privados, tal mecanismo já era tratado pelo art. 7 do Decreto-Lei 3.200 de 19/01/1941. Este procedimento visa maior eficiência na arrecadação dos Alimentos, conforme Rizzardo: “Esta preferência está clara na lei, tendo se mostrado um meio eficiente de expropriação que busca arrecadar os valores devidos diretamente da fonte pagadora.”²¹

Desta forma, o alimentado não fica tão dependente do alimentante, preocupado se o mesmo pagará devidamente a prestação alimentícia e evitando que tenha que ir a juízo pelo eventual não pagamento. Com o desconto em folha, todo o mês tem como certo sua subsistência independentemente da vontade do Alimentante. Por outro lado vale dizer que isso também reflete problemas psicológicos entre os sujeitos, principalmente quando se trata de pais e filhos, por exemplo, que só pagam pensão mediante desconto direto em seus rendimentos, afastando ainda mais a relação entre os mesmos.

Contudo esse é um mecanismo procedimental que apenas visa facilitar a relação jurídica criada pelos Alimentos, que pode inclusive ser requerido pelo próprio alimentante para facilitar e evitar esquecimentos na sua obrigação. Inclusive, segundo Rizzardo o alimentante pode tomar a iniciativa de ingressar em juízo para pedir a fixação do quantum e seu desconto em folha:

É bastante comum a oferta de alimentos pelo próprio devedor. Exsurge a regra do art. 24 da Lei nº 5.478, nestes termos: ‘A parte responsável pelo sustento da família, e que deixar a residência comum por motivo que não necessitará declarar, poderá tomar a iniciativa de comunicar ao Juízo os rendimentos de que dispõe e de pedir a citação de credor, para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigado.’²²

Vale dizer que a oferta de alimentos pelo próprio devedor não irá obrigar o juiz a fixar a quantia proposta pelo mesmo, os tribunais brasileiros já decidiram em várias ocasiões que o valor ofertado não vincula o julgamento, que poderá tanto majorar

²⁰ Nesse caso a expressão “funcionários públicos” é utilizada como sinônimo de “servidores públicos”.

²¹ RIZZARDO, A., 2004, p.828.

²² RIZZARDO, A., 2004, p.825.

quanto diminuir o mesmo, por isso a parte adversa deve ser citada e apresentar seus argumentos, nesse sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

ALIMENTOS - AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS - PODER DE MAJORAÇÃO PELO JUDICIÁRIO - "Alimentos provisórios - Ação de oferta do devedor - Fixação em quantia superior à oferecida - Admissibilidade - Ação dúplice, em que o arbitramento nunca é ultra petita - Provimento ao recurso - Inteligência do artigo 24 da Lei n.º 6578/68 – Na ação de alimentos proposta pelo devedor, podem os alimentos, assim os provisórios como os definitivos, ser fixados em quantia superior à oferecida, sem que isso implique decisão ou sentença ultra petita." (TJSP - 2.ª Câmara de Direito Privado; Ag de Instr. n.º 084.366-4/9-00-São Paulo; Rel. Des. Cezar Peluzo; j. 13.10.1998) AASP, Ementário, 2110/205e.

Por conseguinte, quanto ao aspecto procedimental, não precisa a parte interessada em promover o desconto em folha ingressar com ação específica, basta peticionar no mesmo processo que concedeu os alimentos. Nesse sentido Rizzardo explana:

Na opção por essa maneira, não precisa a parte ingressar com um processo específico de execução. Basta um mero pedido em autos onde se firmou a obrigação, ordenando o juiz que se oficie à fonte pagadora, ou que se intime o responsável que efetua o pagamento. Se arquivado já o processo, a parte credora requererá o desarquivamento, e solicitará a determinação do desconto. Tanto se procede desta forma que as leis processuais não delineiam um caminho específico. Desenvolvem unicamente o procedimento da execução de quantia certa ou através da coação por meio da prisão.²³

Na verdade, via de regra os descontos sobre os rendimentos dos servidores públicos só podem ser realizados com a autorização dos mesmos devido a sua natureza alimentar, mas a Pensão Alimentícia, que logicamente também possui caráter alimentar é exceção a essa regra.²⁴ Nesse sentido destaca Wambier:

Trata-se, em verdade, de uma espécie de *penhora* sobre dinheiro, que excepciona a regra da impenhorabilidade de salários. É penhora diferenciada, porque sucessiva, assemelhando-se, nesse ponto, ao usufruto executivo, e porque, embora por ordem do juiz, realizada por

²³ RIZZARDO, A., 2004, p.828.

²⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 179.

um estranho à jurisdição, o empregador, que separa o montante e o entrega ao credor.²⁵

Na prática, a ordem do juiz poderá ser de três formas: poderá designar um valor monetário específico; percentual baseado no salário mínimo; ou percentual dos rendimentos do alimentante.

Em relação à designação de um valor específico, além de estabelecer um valor o juiz deverá especificar como será reajustado, pois o art. 1.710 do Código Civil em vigor (sem correspondente no Código de 1916) traz a regra da obrigatoriedade da atualização das prestações pelos índices oficiais, e segundo o mesmo: “As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.”²⁶

Essa atualização poderá ser por índices oficiais como o IGP-M, IPC, ou o INPC, dentre outros, e ainda há aqueles juízes que designam atualização na mesma porcentagem de aumento do salário do alimentante, solução mais equilibrada, uma vez que os índices oficiais podem ter percentual de aumento superior ao do alimentante trazendo desequilíbrio financeiro para as partes. Já Rizzardo defende que a regra do art. 1.710 do CCB aplica-se somente as prestações devidas ou em atraso.²⁷

Seria interessante no caso de um valor determinado (geralmente alcançado por meio de prova de necessidade real), ser de pronto convertido em percentual do salário, pois a vinculação a índices oficiais traz dificuldades ao administrador público ou privado que terá que efetuar os cálculos de atualização, que inclusive poderá incorrer em índices já extintos ou substituídos por outros, considerando que a pensão poderá durar por várias décadas.

Mais utilizado quando não existe uma base de cálculo dos ganhos do alimentante é a fixação de alimentos com base no percentual de salários mínimos, assim a atualização será automática conforme o salário mínimo vigente. Isso implica na discussão da possível violação do art. 7º, IV, da Constituição Federal que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, porém a doutrina e os tribunais consideram que os Alimentos fogem dessa regra podendo incidir nesta vinculação.²⁸

²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil v.2:** Execução. 9. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007, p. 444.

²⁶ DIAS, M., 2005, p. 469.

²⁷ RIZZARDO, A., 2004, p.742.

²⁸ DIAS, M., 2005, p. 470.

A maioria dos sistemas públicos de pagamento como o SIAPE (sistema integrado de recursos humanos da Administração Pública Federal) já prevê essa modalidade e realizam a atualização automaticamente depois de implementado o desconto.²⁹

A jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a vinculação:

ALIMENTOS - FIXAÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO - POSSIBILIDADE - "Alimentos - Pensão alimentícia - Vinculação ao salário mínimo - Admissibilidade. É possível a vinculação da prestação alimentar ao salário mínimo, vez que este e a pensão alimentar têm função idêntica, qual seja a de assegurar o mínimo necessário à subsistência da pessoa, preservando os valores nominais dos efeitos corrosivos da inflação." (TJSP - AI 220.268-1/0 - 7.^a C.- j.9.11.94 - Rel.Des. Souza Lima) RT 714/126.

E por último tem-se o desconto sobre o percentual dos rendimentos do alimentante, considerado o critério mais acautelado e justo pela doutrina, e preferência dos magistrados, segundo Dias:

O critério mais seguro e equilibrado para a definição do encargo é o da vinculação aos rendimentos do alimentante. Dessa maneira, fica garantido o reajuste dos alimentos no mesmo percentual dos ganhos do devedor, afastando-se discussões acerca da defasagem dos valores da pensão. Dita modalidade, além de guardar relação segura com a capacidade econômica do alimentante, assegura o proporcional e automático reajuste do encargo alimentar. A cessação do vínculo empregatício não libera o devedor e nem torna ilíquido o valor da obrigação. Cristaliza-se o quantum alimentar no montante do último pagamento feito.³⁰

Não obstante, quando não vinculado aos rendimentos do alimentante, os alimentos geram algumas controvérsias. Muitos pedidos de revisão de alimentos baseiam-se na elevação dos rendimentos do alimentante, Rizzardo argumenta que essa teoria ofende a lei, pois o instituto dos alimentos não inclui participação nas riquezas do alimentante. Porém o desconto em folha com base nos rendimentos do alimentante trará a atualização automática do débito, assim se o alimentante tiver um grande aumento o alimentado também terá, Rizzardo se limita a criticar os pedidos de revisão com base no aumento dos rendimentos do alimentante:

²⁹ PLANEJAMENTO, Ministério do. **Manual de pensão alimentícia**. Acesso restrito a administradores do sistema. Disponível em: <<http://www.siapenet.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2008.

³⁰ DIAS, M., 2005, p. 468.

Com freqüência, são ajuizados pedidos de revisão de alimentos sob o pretexto da elevação dos rendimentos do alimentante. Argumenta-se que o nível econômico de vida da pessoa sustentada deve acompanhar o crescimento de fortuna daquele. Mas o acolhimento desta teoria ofende a própria natureza da obrigação. O encargo previsto na lei não equivale a uma participação nas riquezas e nos rendimentos do obrigado, especialmente se a modificação da condição econômica surgiu após a separação, sem que o alimentando tivesse contribuído para esta nova realidade.³¹

Outra questão envolvida no desconto sobre os rendimentos do alimentante é sobre o que irá incidir o percentual. O juiz poderá fixar um percentual sobre os rendimentos brutos ou sobre os rendimentos líquidos, no caso dos rendimentos brutos a pensão será calculada com base em todos os rendimentos do alimentante.

Já quando incidir sobre os rendimentos líquidos deverão ser deduzidos apenas os descontos obrigatórios na confecção do cálculo, freqüentemente os juízes especificam no ofício ao órgão pagador que o desconto deverá incidir sobre os rendimentos brutos, deduzidos os descontos obrigatórios, qual sejam, previdência pública e imposto de renda, tal metodologia não é recomendada, pois pode ensejar o erro do administrador inexperiente ou desatento. O ideal seria designar objetivamente se o desconto é sobre os rendimentos líquidos ou brutos apenas.³²

Contudo, para poder fixar o percentual que irá incidir sobre os rendimentos do devedor, é necessário que o magistrado conheça os rendimentos do alimentante. Nesse ponto há certa dificuldade na apuração de quais os rendimentos, pois o autor da ação de alimentos dificilmente terá acesso a esta informação para carrear a sua inicial. No caso de servidor público ou funcionário de empresa, poderá o juiz oficiar a empresa ou órgão pagador para que informe os dados necessários. Porém no caso de profissional liberal, o juiz terá que fazer uso de técnicas investigatórias que confrontam o princípio da privacidade e intimidade, mas nesse caso Dias defende que o direito a vida do alimentado prevalece, nesse diapasão³³:

A grande dificuldade é descobrir os ganhos do alimentante profissional liberal, autônomo ou empresário. Nessas hipóteses, é possível a quebra do sigilo bancário, para saber de sua movimentação financeira. Também é possível o juiz solicitar à

³¹ RIZZARDO, A., 2004, p.741.

³² Parecer nº 1343/2008 – Departamento de legislação e pareceres do departamento de polícia Federal.

³³ DIAS, M., 2005, p. 469.

Receita Federal cópia da declaração de renda de quem tem o ônus de pagar alimentos. Novas possibilidades de constituição de sociedades dão ensejo a que as pessoas dos sócios resem totalmente invisíveis, ou seja, todo o patrimônio figura como sendo da pessoa jurídica, percebendo os seus integrantes singelos valores a título de pro labore. Estes mecanismos de despatrimonialização, surgidos para o fim de driblar encargos tributários, passaram a ser utilizados pelos devedores de alimentos, na tentativa de dificultar a aferição dos seus reais rendimentos. Por essa razão, vem cada vez mais ganhando espaço, na justiça, o uso da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, ou seja, do princípio da disregard, que permite desvendar entes societários para descobrir a real participação de determinado sócio. Essas possibilidades investigatórias não se confrontam com os princípios constitucionais da privacidade e da intimidade do alimentante, pois se sobreleva o direito à vida do alimentando.³⁴

A jurisprudência também considera a hipótese de inversão do ônus da prova, de modo que o devedor tenha que demonstrar seus ganhos:

ALIMENTOS. Ônus da prova. Devedor profissional autônomo. Em se tratando de ação de alimentos, invertem-se os ônus probatórios, incumbindo ao devedor o encargo de demonstrar seus ganhos, por não dispor o alimentando de meios de acesso aos seus rendimentos, sigilo que integra o direito constitucional à privacidade, ou seja, à inviolabilidade da vida privada (CF 5º X). Desempenhando o alimentante suas atividades como profissional autônomo, na ausência de demonstração de seus ganhos, impositivo fixar o valor dos alimentos atentando-se nos sinais exteriores de riqueza. Agravo provido em parte. (TJRGS - AI 70004165551 - 7º C. Cív. - Rel. Desa. Maria Berenice Dias - j. 26/06/2002).

Não obstante, é também importante definir quais verbas serão consideradas como integrantes dos rendimentos do alimentante para fins de incidência da pensão alimentícia, por exemplo, se o percentual também incidirá sobre gratificação natalina, terço de férias, etc. Celso Antonio Bandeira de Melo expõe quais as verbas que fazem parte da remuneração do servidor público conforme a Lei 8.112:

Vencimento é a retribuição pecuniária fixada em lei pelo exercício de cargo público (art. 40 da Lei 8.112). O valor previsto como correspondente aos distintos cargos é indicado pelo respectivo *padrão*. O vencimento do cargo mais as vantagens pecuniárias permanentes instituídas por lei constituem a *remuneração* (art. 41).³⁵

³⁴ DIAS, M., 2005, p. 469.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 307.

Em relação aos demais trabalhadores, Dias trata de forma genérica tanto servidores públicos quanto particulares, conceituando remuneração igualmente a Celso Antonio Bandeira de Mello:

Os alimentos são calculados sobre o total dos rendimentos do alimentante, excluídos apenas os descontos obrigatórios impostos por lei (previdência social e imposto de renda). Assim, incidem sobre horas extras, gratificação natalina (13º salário), adicional de férias, adicional noturno, adicional por conta de feriados trabalhados, PIS/PASEP, conversão de férias em pecúnia e indenizações trabalhistas, que digam com diferenças salariais. Isso em razão de tais gratificações integrarem, para todos os efeitos, o conceito de remuneração.³⁶

Por conseguinte, o desconto em folha de pagamento mostra-se a forma mais interessante de proceder ao desconto da verba alimentar, devendo ser preferencial às demais modalidades, inclusive não se admitindo execução sob pena de prisão quando esta possibilidade estiver disponível, consoante Rizzardo:

Deve preceder esta modalidade de execução antes de se procurarem as outras vias, máxime aquela concernente a pena de prisão, a qual não se aplicará se possível o desconto, segundo reitera a jurisprudência: “alimentos. Execução. Pedido de prisão do alimentante. Inadmissibilidade na espécie. Funcionário Público. Possibilidade de desconto em folha. Tratando-se de funcionário público, a pensão alimentícia a que está obrigado a prestar pode ser executada mediante desconto em folha de pagamento, não sendo caso de decretar-se, desde logo, a sua prisão. (Revista dos Tribunais, 491/81).³⁷

Além disso, convém salientar outra vantagem do desconto em folha de pagamento, que seria a possibilidade de coerção através de pena de prisão daquele que auxilia o devedor a não cumprir sua obrigação, dessa forma o empregador ou qualquer outro pode ser penalmente responsabilizado caso não implemente a ordem judicial, assim leciona Wambier³⁸:

Outra considerável vantagem do desconto em folha de pagamento é a imposição de severa punição àquele (empregador, funcionário público ou qualquer outro) que auxilia o devedor a eximir-se do adimplemento, seja omitindo informações ou não cumprindo a ordem de descontar. Dispõe o art. 22 e seu parágrafo único, da Lei de

³⁶ DIAS, M., 2005, p. 476.

³⁷ RIZZARDO, A., 2004, p.828.

³⁸ WAMBIER, L., 2007, p. 444-445.

Alimentos, praticar crime (punível com detenção de seis meses a um ano) quem assim age. Esse expediente evita a possibilidade de fraude.³⁹

Sendo assim, de larga aceitação é a utilização deste mecanismo de penhora sobre dinheiro, sempre que o devedor tenha algum ganho periódico, inclusive não sendo necessário o vínculo empregatício.⁴⁰

Desta forma, parte-se para uma análise a luz do Direito Administrativo dos procedimentos descritos uma vez que se trabalha com a hipótese específica de desconto de pensão alimentícia em folha de pagamento de servidor público federal.

³⁹ WAMBIER, L., 2007, p. 444.

⁴⁰ WAMBIER, L., 2007, p. 444-445.

CAPÍTULO 2 – ANÁLISE DOS ATOS E FATOS ADMINISTRATIVOS E CLASSIFICAÇÃO DO ATO EM ANÁLISE FRENTE À TEORIA ADMINISTRATIVA

2.1 Direito Administrativo: Atos e Fatos Administrativos

Uma vez tendo sido esclarecida a teoria no âmbito do Direito de Família pertinente ao objeto do presente trabalho, de suma importância analisar a teoria administrativa para então proceder a uma classificação do ato em análise. Tal classificação é fundamental para se determinar os reflexos que o erro do servidor público na implementação de um comando em um sistema computacional irá gerar perante o direito administrativo. Os atos e fatos aqui tratados serão aqueles executados pela Administração pública e seus agentes, e nesse diapasão, a respeito do conceito de administração Pública, José Afonso da Silva assevera que

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.⁴¹

Não obstante, os integrantes dos órgãos da Administração e responsáveis efetivos pelo desempenho das atividades administrativas são os agentes públicos, segundo Di Pietro, “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”. Os agentes públicos ainda podem ser divididos em agentes políticos, e servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público.⁴² Os atos sob investigação serão aqueles executados pelos servidores públicos, tal categoria abrange:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 655.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.416.

indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
3. os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.⁴³

Destarte, definidos os conceitos de administração e servidores públicos, cabe adentrar na análise dos Atos e Fatos Administrativos. No direito Civil, segundo Gonçalves, podemos observar uma distinção entre Atos e Fatos, o Ato é aquele executado por um ser humano, enquanto os Fatos são acontecimentos naturais, que diretamente não podem ser atribuídos aos seres humanos. Por conseguinte, quando esses fatos podem ser encaixados em alguma hipótese descrita em alguma lei, a codificação civil passa a considerá-lo um fato jurídico, pois terá relevância para o mundo jurídico, gerando conseqüências. Quando a norma legal é do campo do Direito Administrativo, e portanto, irá gerar conseqüências no âmbito administrativo, tem-se um Fato Administrativo consoante Di Pietro:

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; como o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.⁴⁴

Já Celso Antonio Bandeira de Mello apresenta um conceito levemente diferente do que seria fato jurídico, permitindo a vinculação direta a condutas humanas:

(...) qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.⁴⁵

⁴³ DI PIETRO, M., 2000, p.417-418

⁴⁴ DI PIETRO, M., 2000, p.157.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 366.

Desse modo, também para Mello o fato será administrativo quando a Lei que lhe atribui efeitos seja da seara do Direito Administrativo da mesma forma que prelecionado por Di Pietro. Vale dizer que conceito semelhante de fato jurídico também é adotado pelos civilistas, cita-se a título de exemplo Carlos Roberto Gonçalves:

Fato jurídico em sentido amplo é, portanto, todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito.

Para ser erigido à categoria de fato jurídico basta que esse fato do mundo – mero evento ou conduta – seja relevante ‘à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza. Tanto o simples evento natural como o fato do animal e a conduta humana podem ser suporte fático de norma jurídica e receber um sentido jurídico’.⁴⁶

Ressalta-se que a diferença dos conceitos está em sua abrangência, Di Pietro adota uma classificação mais restrita, abrangendo somente os fatos que não tem relação direta com o homem, ou seja, não são resultados de condutas humanas positivas. Já Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza uma classificação mais ampla, incluindo os atos administrativos, na medida em que considera não só os fatos naturais, como também aqueles realizados pelas pessoas. É a amplitude com o qual o tema é trabalhado que gera classificações diferentes na doutrina, não só nestes autores apresentados.⁴⁷

Quanto ao conceito específico de ato administrativo, a abrangência com que a doutrina trabalha os fatos administrativos conseqüentemente afetará os mesmos. Além disso, não existe um conceito legal especificando o que é o Ato Administrativo, ficando, por conseguinte, ao arbítrio de cada autor fazer sua avaliação pessoal do tema.⁴⁸ Sobre essa problemática Bandeira de Mello afirma que

Enquanto certos autores reputam suficiente uma dada quantidade de traços de similitude, outros requererão outra quantidade – maior ou menor – de aspectos comuns para, à vista deles, considerarem presente a figura tipológica que se propõem a batizar com o rótulo de ‘ato administrativo’. Além disso, podem divergir – e divergem – não

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 272-273.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 369-375.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 366-368.

apenas com relação à quantidade de elementos adotados como radical desta categoria de atos, mas também com relação ao critério seletivo; ou seja, divergem inclusive quanto à própria natureza dos traços a serem eleitos como fatores relevantes para a determinação da similitude dos atos abarcáveis sob a denominação em apreço.⁴⁹

Haverá então, essencialmente, aqueles autores que trabalharão um conceito de ato administrativo mais formal, ou restrito, considerando-o como uma manifestação de vontade da Administração que produza efeitos internos ou externos, e aqueles que considerarão qualquer ato realizado pelos agentes públicos no exercício de suas funções. Hely Lopes Meirelles, nesse sentido, adota um conceito restrito:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.⁵⁰

Nesse diapasão, Meirelles vai então considerar os demais “procedimentos” da administração como decorrentes dos atos administrativos, para ele, um é conseqüência do outro. E a estes procedimentos ele chama de “fatos administrativos”⁵¹:

Fato Administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc. O fato administrativo, como materialização da vontade administrativa, é dos domínios da técnica e só reflexamente interessa ao Direito, em razão das conseqüências jurídicas que dele possam advir para a Administração e para os administrados. O que convém fixar é que o *ato administrativo* não se confunde com o *fato administrativo*, se bem que estejam intimamente relacionados, por ser este conseqüência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina.⁵²

Diante do conceito de Meirelles, um erro no fato administrativo não seria um erro no Ato, pois o Fato é uma conseqüência do Ato, mas não faz parte do mesmo.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 369.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

⁵¹ MEIRELLES, H., 2008, p. 152-153.

⁵² MEIRELLES, H., 2008, p. 153.

Desta forma, essa classificação poderia afastar os mecanismos de controle do Ato Administrativo da apreciação dos Fatos Administrativos, devendo estes serem adequados ao ato determinante e eventuais danos discutidos em sede do Instituto da Responsabilidade Civil. Bandeira de Mello que também trabalha com um conceito semelhante de Atos e Fatos Administrativos, ressalta a importância e consequências da separação entre os Atos e Fatos administrativos⁵³:

O interesse da distinção entre ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só é possível depois destes esclarecimentos. Este *discrimen* precisa ser feito porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) *discricionários*, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.⁵⁴

Importante observar que os fatos administrativos dependendo do conceito adotado pelo autor e pelo momento e objetivo que tiverem, também poderão fazer parte do ato administrativo. Isso ocorrerá quando estes fatos fizerem parte do procedimento administrativo, que são as operações que se destinam a formar o ato final⁵⁵. Porém a doutrina adverte que se deve evitar confundi-los com o ato administrativo complexo e com o ato administrativo composto, nesse sentido:

Não se confunde, todavia, o *procedimento administrativo* com o *ato administrativo complexo*, nem com o *ato administrativo composto*. *Procedimento administrativo* é encadeamento de operações que propiciam o ato final; *ato complexo* é, diversamente, o que da intervenção de dois ou mais órgãos administrativos para a obtenção do ato final; e *ato composto* é o que se apresenta com um ato principal e com um ato complementar que ratifica ou aprova. Todos esses atos têm seu procedimento formal, inconfundível com seu conteúdo material ou com suas características substanciais.⁵⁶

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 365-380.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 368-369.

⁵⁵ DI PIETRO, M., 2000, p.185.

⁵⁶ MEIRELLES, H., 2008, p. 160.

Não obstante, é importante frisar que mesmo os atos não jurídicos, fatos não administrativos, ou melhor, aqueles fatos não considerados propriamente Atos Administrativos, mas realizados pelos servidores públicos no exercício de suas funções, poderão produzir efeitos no campo jurídico, nessa acepção, importante as colocações de Gasparini:

Os não jurídicos, também chamados de fatos administrativos, não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico. Não expressam uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre uma dada situação. Traduzem mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos. Não têm, portanto, laivos de juridicidade. Com isso não se está afirmando que deles não possa decorrer efeito de natureza jurídica, a exemplo do direito à indenização que o administrado tem se ao operar o cirurgião servidor público atuou negligentemente e causou um dano ao paciente. São exemplos de atos materiais os de dar aula e os de varrer rua.⁵⁷

Diante destas noções, é possível analisar os atos da administração a luz das diferentes teorias trazidas pela doutrina e classificá-los de modo a apurar os efeitos que irão gerar no âmbito jurídico, em especial no que concerne ao Direito Administrativo.

2.2 Características do ato em análise em relação à teoria administrativa

O presente trabalho tem como objeto uma ação específica da Administração – a implementação de uma decisão judicial – desta forma faz-se mister analisar tal ação a luz da teoria administrativa

Primeiramente cabe descrever a ação que se quer analisar. Ao deferir o pedido de desconto em folha de uma pensão alimentícia de um servidor público Federal⁵⁸, o Magistrado irá expedir Ofício ao Órgão pagador do servidor ordenando a implementação do desconto, uma vez recebido o ofício a autoridade oficiada irá

⁵⁷ GASPARINI, D., 2003, p. 55.

⁵⁸ Consoante já afirmado, nesta monografia irá tratar-se principalmente o desconto em folha no caso de alimentante servidor público federal, porém ressalta-se que conforme já colocado em momento anterior, tal desconto pode ser efetuado também em caso de servidores estaduais, municipais, funcionários de autarquias ou de qualquer empresa privada.

despachar ao setor específico que irá proceder ao desconto, implementando no sistema SIAPE, no caso do Serviço Público Federal. O objeto que trabalhar-se-á com mais ênfase é a hipótese de ocorrência de um erro na implementação do desconto, porém neste item será analisado outras hipóteses possíveis para elucidar os institutos trabalhados.

Desta forma se identifica três fatos principais: a ordem do juiz; o encaminhamento da ordem pela autoridade do órgão pagador ao setor que efetuará o desconto, o que se dará provavelmente através de Despacho; e por fim a implementação do desconto no sistema específico.

Primeiramente cumpre analisar a ordem judicial de implementação do desconto em folha. Conforme já arrazoadado, o artigo 16 da Lei 5.478/68 (execução de alimentos), faz remissão direta ao artigo 734 do CPC que dispõe que em sendo o devedor de alimentos servidor público, militar, diretor ou gerente de empresa, ou ainda, sendo o mesmo empregado sujeito à legislação do trabalho, a execução de alimentos se dará mediante ordem do juiz de desconto em folha de pagamento da prestação alimentícia.

Ainda, em seu parágrafo único, alude que: “A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração”. Considerando tratar-se de uma ordem judicial, a recusa de implementação pela autoridade pagadora será considerada crime de desobediência, portanto a ordem judicial vincula os atos do administrador que não terá outra alternativa se não implementar o desconto.⁵⁹

A respeito da configuração do crime de desobediência a jurisprudência pátria vem decidindo pela sua configuração no caso de não implementação do desconto, no caso, pelo administrador público:

EMENTA: - Direito Penal. Crime de desobediência. Consumação. Caráter instantâneo ou permanente. Prescrição da pretensão punitiva. 1. Consistindo a ordem judicial em determinação para que a Prefeita descontasse, mensalmente, dos vencimentos de certo servidor municipal, a quantia destinada aos alimentos devidos ao filho, enquanto o funcionário os percebesse (os vencimentos), o desconto deveria ter sido efetuado. 2. Em tal circunstância, o prazo da prescrição da pretensão punitiva e de ser contado apenas a partir da data em que, exonerado, o funcionário deixou de perceber

⁵⁹ RIZZARDO, A., 2004, p.828.

vencimentos, pois, até esse momento, persistiu o ato de desobediência da Prefeita. 3. Prescrição não reconhecida. 4. "Habeas Corpus" conhecido, em parte, e, nessa parte indeferido. (HC nº 71613 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Julgamento: 31/10/1995)

Por conseguinte, cumpre analisar o encaminhamento da autoridade do órgão pagador do servidor público federal para o setor competente para efetuar o desconto nos rendimentos do agente. Quando a autoridade competente receber o ofício do magistrado, cabe uma análise do documento para avaliar sua validade, e verificar se constam os elementos necessários a seu cumprimento. Para averiguar a validade, basta que o documento tenha sido assinado por magistrado. A doutrina entende ser imprescindível a assinatura do juiz apesar de não ser exigido pela Lei, pois só assim será possível a caracterização do crime de desobediência ou do crime previsto no art. 22 da Lei de Alimentos, que em seu parágrafo único faz referência a obrigatoriedade do documento ter sido expedido por autoridade competente.⁶⁰

Os elementos necessários para ser implantado o desconto em folha são aqueles descritos no parágrafo único do art. 734 do Código de Processo Civil, quais sejam os nomes do credor e devedor, a importância da prestação ou percentagem, bem como sobre que verbas deverão incidir, e o tempo de duração. Além destes, necessário se faz que constem dados pessoais do alimentado, incluindo nº de Registro Geral, e nº do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), e conta bancária para recebimento, ou, caso seja menor de 18 anos, poderão ser apresentados os dados de quem tem a guarda do menor que receberá a pensão e a administrará para o mesmo. Quanto à duração, muitos magistrados não especificam por ser indeterminado na maioria dos casos, desta forma o desconto deverá perpetuar até que outra ordem judicial determine que seja extinto.⁶¹

Quando o alimentado for menor, poderá ser determinado que a pensão se extinga com a maioridade, e na ordem do juiz ao órgão pagador deverá esta circunstância estar especificada, pois caso contrário ela continuará a ser paga até que o juiz ordene sua cessação.

Tendo o administrador público verificado que o documento do magistrado preenche todos os requisitos legais e possui informações suficientes para que possa

⁶⁰ WAMBIER, L., 2007, p. 445.

⁶¹ BRASIL. Ministério do Planejamento. **Manual de pensão alimentícia**. Acesso restrito a administradores do sistema. Disponível em: <<http://www.siapenet.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2008.

ser registrado no sistema específico, deve o mesmo encaminhar para o setor correspondente que gerencia o sistema de pagamento.

O documento que o mesmo terá que elaborar pode ser considerado um ato administrativo segundo as teorias já trabalhadas, pois o administrador público irá realizar uma manifestação volitiva a respeito do caso e irá ordenar a criação da obrigação de desconto mensal nos rendimentos de seu subordinado.

Tal ato será vinculado, pois deve obedecer rigidamente à ordem legal, não há espaço para o administrador público decidir em desacordo com a ordem judicial aumentando ou abrandando o encargo a ser implementado. Importante observar que a vinculação se dá com a Lei que permite o desconto em folha, e também advém da lei a obrigação de obedecer a ordens judiciais, portanto não se pode dizer que a vinculação é diretamente com a ordem judicial, e sim com as leis que tratam do assunto.⁶²

Quanto à espécie do ato que será realizado, poderá ser utilizado o Despacho, que diante das diversas classificações poderá ser enquadrado de várias formas. Di Pietro faz referências aos Despachos de mero encaminhamento de processos que não são considerados pela autora como ato administrativo e desta forma não geram efeitos jurídicos imediatos⁶³:

Dentre os atos da Administração distinguem-se os que produzem e os que não produzem efeitos jurídicos. Estes últimos não são atos administrativos propriamente ditos, já que não se enquadram no respectivo conceito.

Nessa última categoria, entram:

1. os atos materiais, de simples execução, como a reforma de um prédio, um trabalho de datilografia, a limpeza das ruas etc.;
2. os despachos de encaminhamento de papéis e processos;
3. os atos enunciativos ou de conhecimento, que apenas atestam ou declaram a existência de um direito ou situação, como os atestados, certidões, declarações, informações;
4. os atos de opinião, como os pareceres e laudos.

Em todas essas hipóteses não há produção de efeitos jurídicos imediatos como decorrência dos atos. A sua ausência não caracteriza nulidade, a não ser que integrem um procedimento; não podem nem mesmo ser impugnados judicialmente.⁶⁴

Porém tal classificação não se adéqua ao caso, pois não seria um despacho de mero encaminhamento, e sim uma ordem do administrador a seu subordinado

⁶² BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 422.

⁶³ DI PIETRO, M., 2000, p.164.

⁶⁴ DI PIETRO, M., 2000, p.164.

visando constituir uma nova obrigação para um indivíduo específico. Por conseguinte o ato em questão poderia se encaixar na espécie de atos ordinatórios proposta por Meirelles:

Atos administrativos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administrativo e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições.

Tais atos emanam do poder hierárquico, razão pela qual podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados, desde que o faça nos limites de sua competência.⁶⁵

Dentre os atos administrativos ordinatórios está o despacho, e conforme conceituado por Gasparini:

É a fórmula com a qual a autoridade administrativa manifesta decisões finais e interlocutórias em processos submetidos à sua apreciação. São dessa natureza os atos de deferimento ou indeferimento de certo pedido ou os que determinam a juntada de documentos em dado processo. Pode ser normativo, se por decisão da autoridade competente tornar-se obrigatório para casos idênticos que possam ocorrer no futuro. Com o caráter normativo podem ser citados: a) o Despacho do Governador do Estado de São Paulo, publicado no DOE, 14 jul. 1976. disciplinando o afastamento de servidores policiais, eleitos para desempenharem mandato executivo ou legislativo: b) o Despacho, ainda dessa autoridade, de 12 de março de 1990. que acolheu “o entendimento de que, em face da nova disciplina constitucional da matéria, não mais subsistem as formas de provimento derivado de cargo público denominadas readmissão, reversão a pedido e transposição”.⁶⁶

O despacho específico do caso ora trabalhado seria de caráter puramente administrativo uma vez que acataria a determinação judicial se a mesma estivesse dotada de todos os elementos exigidos, e ordenaria a sua implementação por seu subordinado. Observa-se novamente que não poderia ser um mero encaminhamento, pois há apreciação decisória, e ordenação ao subordinado para adotar um procedimento específico. Não obstante, importante também ressaltar que este despacho não se confunde com os despachos proferidos por magistrados, esta diferenciação é colocada no conceito de despachos de Meirelles:

⁶⁵ MEIRELLES, H., 2008, p. 186.

⁶⁶ GASPARINI, D., 2003, p. 87.

Despachos – *Despachos administrativos* são decisões que as autoridades executivas (ou legislativas e judiciárias, em funções administrativas executivas) proferem em papéis, requerimentos e processos sujeitos à sua apreciação. Tais despachos não se confundem com as decisões judiciais, que são as que os juízes e tribunais do Poder Judiciário proferem no exercício da jurisdição que lhes é conferida pela Soberania Nacional. O despacho administrativo, embora tenha forma e conteúdo jurisdicional, não deixa de ser ato administrativo, como qualquer outro emanado do Executivo.⁶⁷

Ressalta-se que até aí as decisões podem ser questionadas através de procedimentos específicos, tanto a do Juiz que mandou realizar o desconto, através de um agravo de instrumento⁶⁸, quanto à decisão administrativa, através dos mecanismos de invalidação dos atos administrativos. Frise-se que a invalidação não se confunde com a revogação, esta última se dará quando houver inconveniência ou importunidade do ato ou da situação gerada por ele, além do que para isso ser possível terá que se tratar de uma competência discricionária.⁶⁹

Cumpra-se então analisar a invalidação dos atos administrativos para compreender melhor a sistemática trabalhada. Esta irá ocorrer quando o ato realizado está em desacordo com as normas legais aplicáveis. Alguns doutrinadores ainda confundem invalidação com revogação, por isso fundamental o esclarecimento de Bandeira de Mello que nesse sentido afirma a diferença dos termos e sua inaplicabilidade como sinônimos:

Outrossim, parece-nos que os termos ‘invalidade’ – antítese de validade – e ‘invalidação’ reportam-se a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito, do ato. Um ato ajustado aos termos legais é *válido* perante o Direito, ainda que seja considerado inconveniente por quem pretenda suprimi-lo. Não se deve, pois, chamar de invalidação à retirada por motivo de mérito. Por isso, é indesejável a terminologia de alguns autores, inclusive nacionais, que usam a voz ‘invalidação’ para referir a retirada tanto por motivo de ilegitimidade quanto por motivo de inconveniência ou inoportunidade (revogação).⁷⁰

Desta forma o administrador público ao despachar a ordem judicial ao seu subordinado, se ordenar algo em desacordo com a legislação vigente ou com a determinação do magistrado naquele caso específico, poderá ser objeto de

⁶⁷ MEIRELLES, H., 2008, p. 188.

⁶⁸ Recurso processual utilizado para questionar decisões interlocutórias do magistrado, tal como ordenação de desconto em folha de pagamento.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 442-443.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 452.

invalidação. Isso ocorreria caso o administrador onerasse ou abrandasse a obrigação determinada, alterasse a base de cálculo especificada, ou mesmo os sujeitos relacionados.

Observa-se que não é necessária a violação direta da lei, por exemplo, se o administrador determinar que não se inclua nos rendimentos do servidor o terço de férias ou gratificação natalina pra fins de incidência de pensão alimentícia, estará violando os princípios jurídicos do direito administrativo que especificam o que engloba os rendimentos do servidor, conforme visto em momento anterior.⁷¹

Entretanto, para determinar se é caso de invalidação é necessário avaliar o objeto da mesma, Gasparini defende que se o ato puder ser convalidado ele não poderá ser objeto de invalidação, pois não basta apenas à prática de ato ilegal, deve ser inconvalidável:

A vista disso, pode-se conceituar a invalidação como sendo a retirada retroativa, parcial ou total, de um ato administrativo, praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo. É também chamada de anulação. Embora seja assim, é certo dizer que esse poder da Administração Pública não é absoluto. Não basta para praticá-lo que o ato seja inválido (RT. 747:195). Com efeito, para que a invalidação seja legal, o ato invalidado deve ser ilegal, ter causado um dano à Administração Pública, sua emitente, ou a terceiro, ser inconvalidável e não ter servido de fundamento para a prática de ato em outro plano de competência, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a invalidação, como regra, exige o devido procedimento administrativo e a garantia ao beneficiário do ato invalidando do amplo direito de defesa.⁷²

Na hipótese apresentada, poder-se-ia anular o ato realizado e realizar novo ato para atender a ordem judicial, mas também não se poderia esquecer os valores já pagos a título de pensão, que deveriam ser compensados no débito ou crédito do alimentante. O instituto da convalidação teria dificuldades em ser aplicado por ter havido danos as partes. E ainda por ser um ato eficaz de efeitos concretos, ou seja, ele é aplicado uma única vez a um caso específico, o objeto da invalidação será os efeitos destes, então isso afetará o procedimento de implementação do desconto no sistema.⁷³

⁷¹ MEIRELLES, H., 2008, p. 206.

⁷² GASPARINI, D., 2003, p. 105.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 452-453.

Uma vez trabalhada a hipótese de vícios no ato administrativo de despachar a ordem judicial, cumpre analisar a última etapa do caso em questão, o cumprimento do despacho pelo servidor de hierarquia inferior, implementando o desconto no sistema próprio de pagamento.

Conforme explicado, caso haja defeito no ato administrativo ordenador da implementação, esta, por fazer parte dos efeitos do ato anterior também será afetada pela invalidação. Possivelmente o desconto seria retirado e o magistrado teria que ser informado do ocorrido para que se pronunciasse sobre as providências a serem adotadas para possivelmente sanar a situação. O juiz poderia ordenar a observância da ordem inicial ou talvez incluísse alguma espécie de compensação dos prejuízos causados para tentar retornar ao *status quo ante*, isto é, levando em consideração que o magistrado também pode realizar controle judicial dos atos submetidos a sua análise, entretanto isso iria gerar outras discussões que serão abordadas em momento posterior.⁷⁴

Conforme as classificações consideradas, o “procedimento” (*lato senso*), de atender ao despacho de superior hierárquico e implantar o desconto a título de pensão alimentícia nos rendimentos do servidor alimentante, poderá ser classificado como um fato administrativo. Embora esse efeito do ato administrativo seja o mais relevante e objetivo do mesmo, por não ser um ato preparatório do ato administrativo e sim uma consequência, não poderia fazer parte da categoria do mesmo.

Na verdade a implementação da ordem também poderia ser considerada uma causa de extinção do ato, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello:

Um ato eficaz extingue-se por:

I – *cumprimento de seus efeitos*, o que pode suceder pelas seguintes razões:

a) esgotamento do conteúdo jurídico. É o que sucede com a fluência de seus efeitos ao longo do prazo previsto para ocorrerem. Por exemplo: o gozo de férias de um funcionário;

b) execução material. Tem lugar quando o ato se preordena a obter uma providência desta ordem e ela é cumprida. Por exemplo: a ordem, executada, de demolição de uma casa;

c) implemento de condição resolutive ou termo final. Condição é evento futuro e certo. Mas pode ser determinado (por exemplo, dia tal) ou indeterminado (por exemplo, quando fulano morrer ou quando voltar a chover). Figure-se o caso de condição resolutive exemplificada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: permissão a

⁷⁴ MEIRELLES, H., 2008, p. 208-211.

um administrado para derivar água de um rio, se este não baixar aquém de certa cota.⁷⁵

Poderia o fato ser classificado no item “c”, perdurando o ato enquanto o desconto durasse, o que seria especificado na ordem judicial. Ou poderia se dar somente através de nova ordem, o que geraria um novo ato para extinguir o último. Porém como basta implementá-lo uma única vez no sistema, também se pode classificá-lo no item “b”, extinguindo o ato com sua implementação, pois na mesma já constaria a vigência deste, ou caso contrário um novo ato teria que encerrá-lo.

Entretanto, os efeitos poderiam ser considerados a efetiva implementação do desconto todo mês, independentemente de ser o sistema automático, dessa forma, os efeitos gerados pelo ato perdurariam enquanto a pensão durar, tal alternativa parece mais lógica, pois uma coisa é o procedimento de implantação e outra é o efeito final desejado. Então a extinção deste ato somente se daria pelo que Bandeira de Mello chama de “retirada do ato”, ou seja, um novo ato é emitido possuindo efeito extintivo sobre o anterior.⁷⁶

Desta forma, uma vez tendo sido esclarecido o ato realizado sob o âmbito do direito de família e administrativo, importante analisar os princípios que irão incidir na hipótese, bem como suas colidências, para possibilitar a busca pelas soluções possíveis dentro da ordenação jurídica vigente.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 436.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 436-437.

CAPÍTULO 3 – A SITUAÇÃO JURÍDICA DA PROBLEMÁTICA LEVANTADA FRENTE À LEGISLAÇÃO E PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INSTITUTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA

3.1 Enriquecimento sem causa, o Direito de Família e a Administração Pública

O instituto do enriquecimento sem causa é derivado do Instituto do enriquecimento injusto do Direito Romano, este foi influenciado pela filosofia grega, mais especificamente, pelo dogma que explica o mito de Nêmeses, que era a personificação da justiça na mitologia, segundo o dogma era necessário que o equilíbrio entre os homens não fosse um mero compromisso.⁷⁷ Segundo o instituto Romano quem recebia pagamento que não lhe era devido tinha a obrigação de restituir, prevendo inclusive ação própria para o prejudicado ingressar na justiça, segundo Rolim:

Alguém era acusado de *enriquecimento injusto* quando recebia algum pagamento que lhe era indevido. O que havia pago equivocadamente tinha o direito de ser restituído. (Aquele a quem se pagou, por erro, torna-se devedor por um quase-contrato – Justiniano, *Institutas*, 3, 27, 6).

O Direito Romano, com o intuito de defender aqueles que tivessem sido prejudicados por pagamentos indevidos, possibilitava-lhes entrar em juízo com ação própria, denominada *condictio*.⁷⁸

No caso específico, uma vez tendo o administrador público cometido um erro material na implantação do desconto nos rendimentos de um servidor a título de Alimentos, implantando um desconto que deveria ser com base nos rendimentos líquidos, e não com base nos rendimentos brutos, irá ocorrer um desconto a maior onerando indevidamente o alimentante. Dependendo do tempo que durar antes de ser detectado, o problema poderá gerar um grande crédito em favor do alimentante, provocando aumento das riquezas do alimentado na medida em que o desconto ultrapassa o fixado na sentença de alimentos, o que pode ser considerado uma

⁷⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁷⁸ ROLIM, L., 2008, p. 274.

espécie de enriquecimento sem causa. Cabe indagar como a problemática e os efeitos dela existentes irão ser solucionados.

A respeito do enriquecimento sem causa, esse princípio derivado do direito Romano, mais conhecido no direito civil regendo contratos e obrigações, é considerado um princípio geral de direito aplicado a qualquer relação em que alguém enriqueça sem respaldo legal em detrimento de outrem. Assim trata a doutrina:

O 'enriquecimento sem causa' é um princípio do direito positivo, que há evoluído da seara dos contratos e quase contratos [1] para permear outras áreas do Direito Positivo, visando ao equilíbrio nas relações jurídicas e a paz social na sociedade politicamente organizada. Sendo assim, J. Puig Brutau (1983) salienta que esse princípio já se lhe considera como princípio geral que permeia toda a seara do sistema jurídico da atualidade.⁷⁹

Embora não esteja previsto expressamente na Constituição da República Brasileira, a doutrina sustenta que está implícito nos demais princípios constitucionais:

Em que pese não existir na Constituição Federal o regramento específico para evitar o locupletamento, até mesmo porque isso constitui função da legislação infraconstitucional, são nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da segurança jurídica, que se estruturam e se alicerçam os preceitos abstratos que vedam o locupletamento.⁸⁰ P78

Sendo assim, é possível a aplicação deste princípio geral de direito além do campo de obrigações civis. Ressalta-se que no caso sob análise não havia qualquer ato jurídico que respaldasse o pagamento em valor superior de pensão alimentícia, na prática há um fato causador, que seria o erro de um servidor público, mas esse tipo de causa não é recepcionado pela ordem jurídica como fundamento permissivo, e nesse sentido entende Sílvio de Salvo Venosa:

Deve ser entendido como '*sem causa*' o ato jurídico desprovido de razão albergada pela ordem jurídica. A causa poderá existir, mas,

⁷⁹ INFANTE, Vidal Sunció. **Enriquecimento sem causa**: uma visão holística. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/045/45cinfante.htm>>, Acesso: 22/10/2008.

⁸⁰ CARDOSO, Débora Rezende. **União estável e alimentos**: Fontes de enriquecimento sem causa no Direito de Família. 2007. 116 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 78.

sendo injusta, estará configurado o locupletamento indevido. O enriquecimento pode emanar tanto de ato jurídico, como de negócio jurídico, e também como de ato de terceiro. Como exemplo esclarecedor do enriquecimento injusto, lembramos mais uma vez a situação do herdeiro aparente: conduzindo-se como herdeiro, com boa-fé, seus atos deverão ser tidos como válidos até o momento em que se torne conhecido o verdadeiro herdeiro. Este não pode deixar de indenizar o herdeiro aparente das benfeitorias feitas no patrimônio.⁸¹

Desta forma, de acordo com esse princípio, havendo enriquecimento sem causa, aquele que teve acréscimo patrimonial deveria ressarcir aquele que teve em contrapartida um decréscimo. No caso em questão a ordem judicial só embasava um desconto em percentual que tinha como base de cálculo os rendimentos líquidos, assim qualquer valor que ultrapasse isso não teria fundamento podendo se enquadrar no princípio trabalhado, devendo então haver uma restituição por parte do alimentado a fim de recompor o patrimônio afetado do alimentante.⁸²

Quanto à boa-fé do alimentado no recebimento da quantia a maior de pensão alimentícia, pode-se fazer referência a boa-fé dos servidores públicos em geral no recebimento de valores em decorrência de erro de fato, esta não isenta os mesmos da repetição dos valores recebidos. Importante frisar que somente em caso de erro de direito⁸³ os servidores ficam isentos da restituição, nesse sentido:

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 4º, inc. XII, e tendo em vista o disposto nos arts. 28, inc. II, e 43, caput, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 38, § 1º, inc. II, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, no art. 17-A, inciso II, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, e nos arts. 2º e 3º, do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, bem como o contido no Ato Regimental/AGU n.º 1, de 02 de julho de 2008, edita a presente súmula da Advocacia-Geral da União, de caráter obrigatório, a ser publicada no Diário Oficial da União por três dias consecutivos:

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

Legislação Pertinente: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Precedentes: Superior Tribunal de Justiça: Resp. nº 643.709/PR,

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Enriquecimento sem causa**. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS>>, Acesso em: 22 out. 2008.

⁸² VENOSA, S., Acesso em: 22 out. 2008

⁸³ Erro de direito se refere à ignorância ou falso conhecimento da norma jurídica ou seu conteúdo que regula determinada relação jurídica. Diz-se que há erro de direito, quando a ignorância ou o falso conhecimento da norma jurídica disserem respeito ao seu conteúdo, existência, interpretação ou aplicação ao caso concreto, sempre que o sujeito se tenha decidido atuar como consequência daquela ignorância ou falso conhecimento.

AgRg no Resp n^o 711.995, Resp. n^o 488.905/RS e AgRg no Resp n^o 679.479/RJ (Quinta Turma); ROMS n^o 18.121/RS, Resp n^o 725.118/RJ, Resp n^o 651.081/RJ e AgRg no REsp. n^o 597.827/PR (Sexta Turma); MS n^o 10.740/DF (Terceira Seção).

Observa-se que na hipótese trabalhada ocorre mero erro material, e desta forma mesmo que de boa-fé deverá o alimentado restituir os valores recebidos a maior. Importante ressaltar que a doutrina que trata do enriquecimento sem causa não considera a má-fé ou boa-fé na sua análise, basta o enriquecimento de alguém em detrimento de outrem sem que haja respaldo jurídico.⁸⁴

Em consonância ao princípio do não enriquecimento sem causa, tem-se o princípio da reciprocidade na obrigação de prestar alimentos. A relação entre alimentante e alimentado já não é mais como antigamente, na qual o homem é quem devia alimentos para a ex esposa e aos filhos.

A legislação atual não diferencia homem e mulher na relação alimentícia, desta forma irá figurar como alimentante aquele que tem condições de prover alimentos, e como sujeito passivo aquele que os necessita. Desta forma, aquele que deve alimentos também poderia figurar como alimentado dependendo das condições do caso, assim, o pagamento a maior de pensão prejudica a subsistência do alimentante, prejudicando toda a relação alimentante – alimentado.⁸⁵

Outrossim, se o alimentante recebe um salário mínimo, e paga 30% de alimentos para seu filho que está sob a guarda de sua ex esposa, caso ocorra um erro e seja descontado 60% sua subsistência estaria consideravelmente prejudicada e poderia até mesmo precisar de alimentos. Esse exemplo extremado serve para ilustrar que um pagamento a maior causa prejuízos ao alimentante e dependendo das proporções pode inverter a relação de alimentos, pois o motivo que determina a relação é mutável, e havendo reciprocidade, pode ser invertida a situação considerando que há igualdade entre os sujeitos, nesse sentido Orlando Gomes leciona:

(...) reciprocidade na obrigação de alimentos porque o devedor poderia ser o credor se a situação fosse invertida, isto é, se fosse ele quem necessitasse dos alimentos e o outro estivesse em condições de supri-los. Aquele que de outrem pode exigir alimentos a ele os

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3, p. 588-591.

⁸⁵ RIZZARDO, A., 2004, p.771.

deve igualmente, verificadas as condições objetivas que motivam o nascimento da relação jurídica.⁸⁶

Assim, ficando caracterizado o acréscimo patrimonial de um em detrimento de outro na relação alimentar, de modo a violar os princípios de direito de família (no tocante a reciprocidade dos alimentos), não haveria como deixar de considerar uma violação do princípio da vedação do enriquecimento ilícito. Frisa-se que alguns doutrinadores ainda discutem sobre a aplicabilidade deste princípio no âmbito do direito administrativo, entretanto, no mesmo sentido já trabalhado, Bandeira de Mello em comparação com as doutrinas de outros países ressalta a aplicabilidade também as questões de Direito Administrativo⁸⁷:

No Direito Italiano com frequência os administrativistas ligam a adoção da teoria ao disposto nos arts. 2.041 e 2.042 do Código Civil Italiano. Guido Falzone, entretanto, observa, com inquestionável acerto, que a citada regra do Código Civil 'não se constitui em um princípio a ser analogicamente aplicado ao Direito Público', mas que se trata de 'um princípio geral de nosso ordenamento jurídico e que, como tal, deve aplicar-se perante todos os sujeitos dele, independentemente de seus naturezas jurídicas'.⁸⁸

Ressalta-se a aplicabilidade do instituto ao Direito Administrativo para enfatizar o comprometimento que a Administração deve ter com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Embora no presente caso não haja enriquecimento de particular à custa da Administração ou o contrário num primeiro momento, essas colocações ilustram a atenção que se deve ter em não provocar o desequilíbrio patrimonial entre seus administrados, pois está diante de um princípio geral de direito.

Assim mesmo os casos que poderiam ser tratados pela responsabilidade civil poderiam antes ser resolvidos nos termos do princípio do enriquecimento sem causa, devendo aquele que teve um acréscimo patrimonial restituir àquele que teve um decréscimo a vantagem auferida, sem ultrapassar o valor do ganho obtido e o da perda sofrida.⁸⁹

⁸⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 379.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 649-653.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 650.

⁸⁹ VENOSA, S., Acesso em: 22 out. 2008.

Talvez a melhor solução fosse a administração impor o *status quo ante* aos seus administrados que foram envolvidos por seu equívoco, porém como se trata de uma causa envolvendo um instituto do Direito de Família que possui suas particularidades, necessário será verificar a colidência de princípios no presente caso. Porém, também importante discutir que além das questões teóricas envolvidas, na prática o administrador público enfrenta quatro sujeitos-problema.

Em primeiro tem-se a pressão interna do órgão em que trabalha em ser responsabilizado pelas ações equivocadas que eventualmente possa realizar. Em segundo tem-se a pressão daquele que sofreu o prejuízo, sendo que este pouco se importa com os procedimentos administrativos ou legislação como um todo, tudo que busca é ter seu prejuízo sanado, e para este o único sujeito envolvido é o administrador e a Administração, que comete o erro e lhe prejudica.

O terceiro problema é o alimentado que se recusa a efetuar a devolução, pois acredita que é a parte frágil da relação jurídica e imbuída pelo seu conhecimento superficial em relação ao tema tratado, se recusa a devolver qualquer verba alimentar recebida devidamente ou não, por acreditar estar amparado pelo princípio da irrestituibilidade da pensão alimentícia. Nesse sentido, vale dizer que se o alimentado recebeu de boa-fé os valores a maior, deveria ter boa-fé na hora de restituí-los também. Contudo o que se observa em muitos casos é a recusa absoluta na devolução, dificultando qualquer conversação sobre possibilidade de acordo quanto à restituição.

Não muito diferente do sujeito anterior tem-se o juiz ou juíza concedente de alimentos, observa-se que igualmente aos pensionistas e seus advogados, ainda há aqueles que desconhecem as especificidades do instituto tratado e acabam considerando absoluto o princípio da irrestituibilidade dos alimentos.

Por conseguinte então cabe analisar os princípios envolvidos na situação em análise para tentar compreender melhor a questão e verificar quais os dogmas mais aceitos pela doutrina no presente caso.

3.2 Ponderabilidade do Princípio da Irrepetibilidade da Pensão Alimentícia face os princípios do Direito Administrativo

Segundo o princípio da irrepetibilidade da pensão alimentícia, os alimentos recebidos não podem ser restituídos tendo em vista a própria característica alimentar da obrigação, uma vez que o alimentado tem o direito a sua subsistência⁹⁰. Esse princípio embora não tipificado pela codificação nacional, é consagrado pela jurisprudência e pela doutrina por sua obviedade, conforme exposto por Maria Berenice Dias:

Em sede de **alimentos** há dogmas que ninguém questiona. Talvez um dos mais salientes seja o princípio da **irrepetibilidade**. Como os **alimentos** servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da **irrepetibilidade** é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico.⁹¹

Porém verifica-se que tal princípio não é aplicado a qualquer situação, Dias relativiza o mesmo na medida em que admite devolução em algumas hipóteses para não ensejar o enriquecimento injustificado:

27.5.5. Irrepetibilidade - A própria natureza dos alimentos justifica, por si só, a impossibilidade de serem restituídos. Por isso, a alteração, para menor, do valor da pensão não dispõe de efeito retroativo. Passa a vigorar tão-somente com referência aos valores vincendos. Admite-se a devolução quando houve má-fé ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado. É o que se vem chamando de relatividade da não-restituição. Soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não-enriquecimento sem causa.⁹²

Contudo constata-se que Dias apenas considerou a hipótese de má-fé ou postura maliciosa do credor. Importante salientar que a irrepetibilidade dos alimentos também é relativizada em alguns outros casos, como por exemplo, no caso de alimentos *ad litem*, ou seja, os alimentos concedidos temporariamente para manutenção da demanda de separação judicial. Embora seja um instituto com

⁹⁰ RIZZARDO, A., 2004, p.725.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Dois pesos e duas medidas para preservar a ética**: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2627>, Acesso em: 25/10/2008.

⁹² DIAS, M., 2005, p. 446.

características peculiares, de acordo com Alexandre de Paula citado por Ovídio A. Baptista da Silva, os alimentos pagos deverão ser carregados a meação:

Mesmo quando a sociedade conjugal se dissolva em virtude de sentença proferida em ação de separação judicial ou ação de nulidade ou anulação de casamento, o cônjuge que tenha obtido alimentos provisionais e **alimentos *ad litem*** deverá restituir ao outro o valor da parcela atribuída ao custeio da causa, a ser carregada à sua meação (ALEXANDRE DE PAULA, *Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 602).⁹³

Por tal, verifica-se que esse princípio não é absoluto, havendo várias hipóteses em que ele pode ser relativizado. Contudo Rizzardo explana a opinião de outros autores de que no caso específico – alimentos pagos a maior decorrente de erro – não caberia restituição:

Ainda que o alimentante tenha pago pensões a que não estava obrigado, não tem o direito de repeti-las, segundo o unânime consenso dos autores (Orlando Gomes, *Direito de Família*, nº 215, p. 344)

Mesmo recebidos por erro na forma assim pretendida, não caberia a restituição pelo alimentado, eis que faltou o pressuposto enriquecimento sem causa (Yussef Said Cahali, 'Dos Alimentos', 1986, p. 106).⁹⁴

Desta forma é necessário analisar os demais princípios envolvidos no caso para determinar se tal mandamento é absoluto. Os princípios que se contrapõem a Irrepetibilidade dos alimentos são os da auto tutela da Administração Pública, princípio da impessoabilidade, Finalidade e outros dependendo do tipo de classificação adotada. Importante colocar desde já o comprometimento da administração com o princípio da impessoabilidade, pois irá significar que independentemente do dissídio enfrentado a administração não poderá favorecer uma pessoa em detrimento de outra⁹⁵. Isso é expresso no conceito dado por Bandeira de Mello ao princípio da impessoabilidade:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-
tosas.

⁹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 297.

⁹⁴ RIZZARDO, A., 2004, p.725.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 114.

Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, *caput*), *afortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.⁹⁶

Portanto, está implícito que diante da situação de um erro da Administração que provoque uma relação de ganho-prejuízo entre dois administrados, estes dois terão que ser tratados objetivamente independentemente de um ser servidor público e o outro ser titular de alimentos. Meirelles trata como sinônimos o princípio da impessoabilidade e finalidade, sendo assim, a Administração terá que interpretar as normas aplicáveis ao caso da melhor maneira a atingir a finalidade pública evitando favoritismos ou perseguição.⁹⁷

No caso em tela, o Código Civil prevê que aquele que enriquece a custa de outrem deve restituir ao mesmo a vantagem auferida, e aquele que recebe pagamento indevido também fica obrigado a restituir, conforme disposto nos artigos 876 e 884 do Código Civil⁹⁸:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir;

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Em decorrência, no caso em questão o mais lógico seria o alimentado restituir a parcela indevida decorrente de erro, para que se repassasse ao alimentante através de crédito em folha, na forma prevista no art. 46 da Lei 8.112/90, que se estende a pensionistas, *lato senso*, portanto, aplicável ao caso da pensão alimentícia⁹⁹:

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 114.

⁹⁷ MEIRELLES, H., 2008, p. 93-94.

⁹⁸ VENOSA, S., Acesso em: 22 out. 2008.

⁹⁹ BRASIL., Acesso em: 14 out. 2008.

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.

Por tanto, não se trata de obedecer apenas ao princípio da impessoabilidade ou finalidade, mas ao próprio princípio da legalidade, pois a Administração só pode e deve fazer aquilo que está prescrito em Lei, sob pena de violar a legislação vigente e em consequência pode ser imputada a responsabilidade àquele que exerceu atividade em desacordo¹⁰⁰, nesse sentido Meirelles explana:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.¹⁰¹

Não obstante, a Administração tem a obrigação de rever e sanar seus atos, conforme o princípio da autotutela, a “(...) Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica”¹⁰². Esse princípio deixa claro que Administração deve estar atenta na execução de suas finalidades e corrigir suas eventuais falhas, não apenas nos Atos Administrativos em sentido estrito, mas no exercício regular de suas funções.

Sustentando as posições explanadas pelos princípios elencados está o Princípio do Poder-dever agir da autoridade pública, tal princípio é amplamente

¹⁰⁰ MEIRELLES, H., 2008, p. 89-90.

¹⁰¹ MEIRELLES, H., 2008, p. 89.

¹⁰² GASPARINI, D., 2003, p. 17.

reconhecido pela doutrina e jurisprudência, e implica na obrigatoriedade do administrador em dispor de seus recursos para atingir seus fins específicos. Assim se a autoridade cometeu um erro, provocou um desequilíbrio entre seus administrados, e a Lei prevê um meio de repor a ordem anterior, a autoridade é obrigada a fazer isso¹⁰³, considera nesse sentido Meirelles:

A propósito, já proclamou o colendo TFR que 'o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas'. Idêntica é a doutrina exposta por Carlos Maximiliano ao sustentar que, 'para a autoridade, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o *poder* se resolve em *dever*'.¹⁰⁴

Por tudo, percebe-se que os princípios da Administração Pública pregam que não deve ser admitido que por decorrência de um erro de um servidor a seu mando, seus administrados sejam prejudicados ou injustificadamente beneficiados. Esses princípios que informam e formam a ordem jurídica não podem ser negligenciados,

Com efeito, nas palavras de O. A. Bandeira de Mello, tais princípios 'se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico' ou traduzem 'o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira', são 'as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado, conquanto não se achem expressadas em texto legal específico. No exemplário de tais princípios gerais o autor menciona, entre outros, o de que ninguém deve ser punido sem ser ouvido, o do *enriquecimento sem causa*, o de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia etc.

Considerando haver uma suposta colidência entre os princípios do Direito de Família com os princípios do Direito Administrativo e princípios Gerais de Direito, deve-se analisar a situação a luz da hermenêutica, para determinar quais devem prevalecer no caso concreto. Para tal, Torrens sustenta que isso deverá ser feito utilizando-se do princípio da proporcionalidade, e suas sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁵:

¹⁰³ MEIRELLES, H.,2008, p. 107.

¹⁰⁴ MEIRELLES, H.,2008, p. 107.

¹⁰⁵ TORRENS, Haradja Leite. **Da hermenêutica clássica para a hermenêutica constitucional**: o papel de uma hermenêutica principiológica. Revista Jurídica da FIC. Fortaleza, v. 3, n. 4, ano 2005, p. 45-58.

Ademais, os princípios são inafastáveis, ou seja, todos têm incidência necessária. O conflito de princípios se resolve diversamente do conflito de regras, pois será solucionado através de um juízo de ponderação, ou seja, por meio da atribuição de peso e sem negar a aplicação de quaisquer dos princípios em choque. Neste caso se aplicam as sub-regras da proporcionalidade (...).¹⁰⁶

Em relação à sub-regra da adequação, estuda-se a adequação dos meios aos fins desejados, no caso o meio é a utilização das regras administrativas de revisão de valores pagos erroneamente para o fim de atingir um equilíbrio financeiro entre as partes.¹⁰⁷

No sub-princípio da necessidade, irá verificar-se dentre as soluções possíveis a menos gravosa. Seguindo-se o princípio da irrepetibilidade ter-se-ia uma violação do princípio geral de direito da vedação do enriquecimento sem causa, podendo prejudicar o alimentante em sua própria subsistência. Enquanto fazendo as partes atingirem seu estado anterior através da restituição pelo Alimentado, não há que se falar em prejuízo a sua subsistência, tendo em vista que aquele valor recebido além do necessário se adicionaria ao seu patrimônio, podendo desta forma ser restituído. Além disso, os alimentos fixados pelo magistrado são aqueles necessários a subsistência do alimentado, e, portanto, qualquer valor a mais apenas incorpora-se ao patrimônio do mesmo.¹⁰⁸

Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito prevê que as regras e direitos deverão ser ponderados, analisando-se os benefícios e prejuízos das medidas tomadas. Verifica-se que relativizar o princípio da irrepetibilidade no presente caso em face dos princípios gerais de Direito, e os princípios do Direito Administrativo, será a medida que causará maior equilíbrio entre as partes envolvidas, inclusive para o Estado que não poderia silenciar nesta situação, sob pena de prejudicar inclusive o princípio da segurança jurídica, que é considerado princípio basilar em um Estado Democrático de Direito.¹⁰⁹

Ressalta-se que também para avaliar a colidência de princípios deve-se levar em consideração a hierarquia dos mesmos. Assim como as normas estão sujeitas ao critério hierárquico, os princípios gerais de direito e constitucionais não podem sucumbir a princípios menores como o da Irrepetibilidade. Numa análise hierárquica

¹⁰⁶ TORRENS, H., 2005, p. 45-58

¹⁰⁷ TORRENS, H., 2005, p. 45-58

¹⁰⁸ TORRENS, H., 2005, p. 45-58

¹⁰⁹ TORRENS, H., 2005, p. 45-58

as normas superiores revogam as inferiores, embora os princípios não possam ser revogados, podem ser relativizados em sua aplicação no caso concreto diante de antinomias, e por tal os princípios gerais e constitucionais devem prevalecer.¹¹⁰

Nesse sentido expõe Cardoso:

Cumprе ressaltar que o fato de estar se tratando de uma relação familiar, não a coloca em um patamar superior às outras relações jurídicas existentes. Ao contrário, mais do que nunca, deve sempre haver orientação no sentido de que, mesmo se tratando de relações familiares, devem lhe ser aplicadas as regras gerais que regem o ordenamento jurídico, para, dessa forma, preservar a igualdade de direitos entre as partes. Pois a parte que teve prejuízo em seu patrimônio não pode ser vítima de tamanha desigualdade em nome de princípios outros – de menos relevância –, como o da regra da irrepetibilidade de alimentos no direito de família, haja vista que, no que tange à parte que sofreu o prejuízo financeiro, também incide o princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹¹

Por conseguinte, uma vez definido que o princípio da irrepetibilidade pode ser relativizado no presente caso, cumpre analisar a possibilidade de compensação da dívida nas parcelas futuras de Alimentos, em relação ao da incompensabilidade das verbas alimentícias.

3.3 Possibilidade de implementação de compensação da verba alimentícia paga a maior pela Administração

O desenvolvimento histórico da compensação de dívidas teve um tímido início no Direito Romano tendo se sustentado no princípio da equidade, e desenvolveu-se bastante até a reforma de Justiniano, porém sempre sujeito a diversas críticas, controvérsias e modificações. Primeiramente a chamada *deductio* era aplicada a dois casos específicos, a imposta ao *argentarius*, na qual o credor era obrigado a deduzir a dívida que tinha para com o devedor, e a imposta ao *bonorum emptor*, a estabelecida àquele que adquirisse patrimônio onerado por dívidas.¹¹²

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: UNB, 1994, p.92-95.

¹¹¹ CARDOSO, D., 2007, p. 82.

¹¹² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 4: direito das obrigações**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 297.

Com a Reforma de Justiniano a compensação passou a ser genericamente tratada como forma de extinção de obrigações de caráter obrigatório, e por isso, independentemente das vontades das partes, se tivessem dívidas uma da outra, seriam automaticamente compensadas. Isso gerou muitas críticas dos cidadãos romanos que viam o instituto como forma de tolhimento de sua liberdade.¹¹³

A compensação¹¹⁴ é medida geralmente utilizada como matéria de defesa processual, visando extinguir uma obrigação quando duas ou mais pessoas forem credoras reciprocamente. O instituto da compensação de dívidas apresenta inúmeras vantagens, dentre elas a garantia de solvência do devedor. Os requisitos do direito civil para utilização deste procedimento são colocados por Fiuza:

Requisitos:

1º Personalidade, ou seja, um procurador não pode opor crédito da pessoa que representa para compensar débito seu. Mas o marido, casado em regime de comunhão de bens pode opor crédito da mulher para compensar os seus próprios. Assim também, o fiador pode opor seus créditos para compensar os do afiançado.

2º Fungibilidade das prestações, isto é, as prestações devidas reciprocamente entre as partes devem ser fungíveis. (...)

3º Exigibilidade, ou seja, as dívidas devem ser exigíveis, não se podendo, por exemplo, compensar débito com dívida prescrita.

4º vencimento. Também não se admite a compensação de dívida atual com dívida futura. Todas devem estar vencidas. Mais uma vez devemos insistir no fato de que a compensação é exceção processual, imposta a uma das partes pela outra, como defesa. É neste sentido que uma delas não pode forçar a outra a compensar dívida vencida com dívida futura. Caso, porém, entrem em acordo, estaremos diante de compensação convencional, obtida por transação. Tratando-se de acordo, quase tudo é possível.

5º Liquidez, isto é, as dívidas compensáveis devem ter valor, pelo menos, determinável.¹¹⁵

Contudo, quando se trata de dívidas decorrentes de alimentos alguns autores acreditam que não é possível realizar a compensação, pois prejudicaria a subsistência do alimentado que tivesse sua dívida compensada em sua pensão alimentícia. Nesse sentido entende Gonçalves:

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 298.

¹¹⁴ Prevista nos artigos 368 a 380 do Código Civil Brasileiro.

¹¹⁵ CESAR, F., 1999, p. 122-123.

As dívidas *alimentares*, obviamente não podem ser objetos de compensação porque sua satisfação é indispensável para a subsistência do alimentando. Permitti-la seria privar o hipossuficiente do mínimo necessário a seu sustento. Por conseguinte, se o devedor de pensão alimentícia se torna credor da pessoa alimentada, não pode opor seu crédito, quando exigida a pensão. Se o alimentante pudesse compensar sua dívida com algum crédito que porventura tivesse contra o alimentando, a prestação alimentícia não seria fornecida, comprometendo-se a existência do beneficiado.¹¹⁶

Este posicionamento é derivado do princípio da incompensabilidade da pensão alimentícia, que em razão de seu caráter personalíssimo e demais argumentos já tratados, prejudicaria muito o alimentado.

Não obstante, nota-se que alguns autores que tratam do princípio mencionado, como Rizzardo, não abordam a possibilidade de haver dívidas recíprocas em razão de alimentos, pois o alimentante que pagou a maior a pensão em decorrência de erro da Administração adquire um crédito também de natureza alimentar. Não se trata dos demais casos trabalhados pelo autor em que há fundamento legal para o pagamento, mesmo que tenha sido alterado depois, conforme já analisado neste trabalho.¹¹⁷

Entretanto a possibilidade de compensar dívidas de mesma natureza inclusive alimentares é trazida por Fiúza, quando ele trata dos casos em que não poderá haver compensação, resguarda a possibilidade de que caso tenham a mesma causa poderão ser compensadas, nesse sentido:

Não caberá compensação, ou seja, as partes não poderão se defender por este meio nos seguintes casos:

1º Quando uma das partes renunciar à compensação de forma expressa, ou tácita. Será tácita a renúncia, quando uma delas, espontaneamente, efetuar o pagamento à outra.

2º Quando uma das dívidas originar-se de comodato, depósito ou alimentos, a não ser que a outra tenha a mesma causa. Assim, se "A" deve alimentos a "B", e "B" deve, por exemplo, uma quantia que tomara emprestada junto a "A", este não poderá compensar os alimentos devidos, alegando ser credor de "B" pela quantia emprestada.¹¹⁸

¹¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 334.

¹¹⁷ RIZZARDO, A., 2004, p.724-725.

¹¹⁸ CESAR, F., 1999, p. 123.

Desta forma, sendo dívidas de igual origem poderiam ser compensadas, assim levantar-se-ia o montante pago indevidamente, e compensar-se-ia nas próximas prestações alimentícias até que a dívida estivesse quitada.

Por conseguinte, importante ressaltar o tipo de compensação que irá se operar, a doutrina classifica a compensação em três espécies: a compensação legal; a compensação convencional; e por fim a compensação judicial¹¹⁹. No caso em análise trata-se de uma compensação legal, pois emana da lei o procedimento a ser adotado na situação de pagamento a maior a servidor ou pensionistas. Monteiro explana sobre os tipos de compensação:

A compensação é legal, convencional ou judicial. É *legal*, quando promana da lei; ela independe da vontade das partes e opera ainda que uma das partes se oponha. É *convencional*, quando resulta de acordo das partes, as quais podem transigir, no sentido de dispensar algum de seus requisitos. Finalmente, é *judicial*, quando realizada em juízo pela autoridade judiciária, nos casos legais. Esta última espécie inclui-se na compensação legal.

A compensação legal não pode ser declarada *ex officio*; cumpre ao interessado alegá-la na fase própria do processo¹²⁰. A convencional produz seus efeitos no instante em que se estabelece o acordo de vontades.¹²⁰

Na hipótese trabalhada trata-se de um procedimento regular da Administração previsto em lei conforme já falado (art. 46 da Lei 8.112/90), o da restituição ao erário, não é necessário portanto a anuência ou requerimento dos envolvidos, basta a ciência dos mesmos, considerando ser um procedimento automático da Administração Pública Federal.

Portanto, embora seja possível relativizar o princípio da Irrepetibilidade, a forma como se dará a restituição também é questionada, pois os mecanismos usuais implicam em espécie de compensação, e alguns doutrinadores e jurisprudência não são unânimes quanto a legalidade desse procedimento em sede de Alimentos nas particularidades relatadas. Contudo nota-se que em se tratando de duas dívidas de mesma origem existe maior aceitação.

¹¹⁹ GONÇALVES, C., 2004. v. 2, p. 327-332.

¹²⁰ MONTEIRO, W., 2003, p.301.

Por conseguinte, diante das dúvidas trabalhadas, e da grande possibilidade de entendimento divergentes na análise de casos concretos, necessário se faz analisar os possíveis danos que poderão ser causados em decorrência do entendimento que for adotado, bem como as responsabilidades conseqüentes, para averiguar como poderão ser compostos.

CAPÍTULO 4 – A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO SERVIDOR PÚBLICO

4.1 Responsabilidade da Administração Pública

Neste tópico irá se analisar a hipótese de o alimentado não restituir ao servidor alimentante, a quantia paga a maior ao alimentado decorrente do erro material do seu servidor, seja por proibição do poder judiciário em realizar-se a compensação, ou embasamento no princípio da irrepetibilidade. Desta forma o servidor público terá sofrido um prejuízo causado pela Administração, e por tal questiona-se se haverá ou não dever de indenização pelo valor perdido.

Também, mesmo que a administração efetue a compensação entre os devedores recíprocos de acordo com a legislação administrativa, o alimentado poderia alegar prejuízo, uma vez que não teve culpa pelo erro cometido, e terá que arcar com um valor a menor de pensão, não tendo necessariamente se preparado para tal situação. Uma vez que de boa fé recebeu a quantia errônea e não se precaveu para enfrentar uma redução, com a regularização do valor e o desconto de ainda pelo menos 10% de sua pensão ao mês para saldar sua dívida, teria uma privação desmerecida.

Desta forma cabe analisar a responsabilidade civil objetiva do Estado para apurar suas responsabilidades num caso de erro material que pode ter causado prejuízos às partes envolvidas. Esses terceiros, seja o alimentante ou alimentado, poderiam ir buscar em face do Estado os prejuízos sofridos, pois os atos realizados pela Administração Pública são de responsabilidade do Órgão, o servidor que comete o erro apenas age em nome dele, e desta forma não poderia ser acionado diretamente de acordo com o princípio da impessoabilidade:

O princípio ou regra da impessoabilidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. Por conseguinte, o administrado não se confronta

com o funcionário x ou y que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele. É que a “a primeira regra do estilo administrativo é a objetividade”, que está em estreita relação com a impessoabilidade. Logo, as realizações administrativo-governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma conseqüência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que constem *nome, símbolos ou imagens* que caracterizam promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidades de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.¹²¹

Contudo, essa regra do princípio da impessoabilidade nem sempre vigorou, no Estado Absolutista acreditava-se no princípio da irresponsabilidade, desta forma o servidor arcava com as conseqüências dos seus próprios atos, mesmo que agindo a serviço da Administração. Ao lesado então restava acionar o servidor, que muitas vezes não poderia arcar com o ressarcimento, ou se conformar com o prejuízo. Considerava-se naquela época a idéia de que o Estado devia impor a todos sua soberania sem ter que os compensar, ou então sua soberania restaria prejudicada.¹²²

Nesse sentido coloca Cavalieri:

No Estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. A idéia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada com um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra (The king do no wrong), “O Estado sou eu” (L’État c’est moi), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” etc. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada.¹²³

Por conseguinte, surgiu a concepção civilista, essa doutrina igualava o Estado a qualquer outro ente dotado de personalidade, possuindo os mesmos direitos e deveres, portanto, estando sujeito a responsabilidade subjetiva, qual seja, aquela baseada na culpa. Desta forma a vítima deveria provar a culpa ou dolo do servidor

¹²¹ SILVA, J., 2005, p.667-668.

¹²² BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 984-985.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 248.

que causasse o dano, resguardando a possibilidade do Estado propor ação regressiva contra o agente causador¹²⁴.

Não obstante, uma vez superada a teoria da irresponsabilidade do Estado, e desenvolvida a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração, esta também começou a passar por uma evolução, pois se acreditava que não se poderia tratar igualmente o Estado e os particulares, surgindo então a teoria objetivista.

Para a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, basta haver nexo causal entre o dano e um comportamento administrativo – que deverá ou não ser comprovado, e havendo outras particularidades dependendo da teoria específica trabalhada como fundamentação – e já estará caracterizada a responsabilidade do Estado, com isso tenta-se equilibrar o poder e o dever estatal, que são naturalmente distintos dos particulares.¹²⁵ Nesse sentido entende Meirelles:

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos*, expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados numa *culpa especial do serviço público* quando lesivo de terceiros.¹²⁶

Por conseguinte desenvolveram-se três teses objetivistas para tentar resolver a fundamentação da questão da responsabilidade civil da Administração segundo Meirelles: a tese da culpa administrativa; a teoria do risco administrativo; e a teoria do risco integral.¹²⁷

A teoria da culpa administrativa é a primeira fase do desenvolvimento da teoria civilista, porém ainda exigia que a vítima comprovasse a falta do serviço para adquirir direito a alguma indenização. A falta do serviço poderia ser a inexistência do serviço, mau funcionamento ou retardamento do serviço. No caso do erro na implementação de uma pensão alimentícia, se encaixaria no mau funcionamento, e

¹²⁴ GONÇALVES, C., 2003, v. 1, p. 217.

¹²⁵ MEIRELLES, H., 2008, p. 657.

¹²⁶ MEIRELLES, H., 2008, p. 657.

¹²⁷ VENOSA, S., 2004, p. 278-279.

a vítima teria que comprovar a diferença entre a ordem judicial e o procedimento adotado pelo Órgão.¹²⁸

Mais especificamente sobre o conceito da teoria da culpa administrativa, Meirelles acrescenta:

*A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese do risco administrativo e a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.*¹²⁹

Não obstante, para buscar um fundamento mais adequado a responsabilidade do Estado, adaptou-se a teoria do risco para o âmbito administrativo. Segundo esta teoria não há necessidade de se provar a culpa dos agentes administrativos ou a falta do serviço, basta haver umnexo causal entre o dano sofrido pela vítima e a Administração Pública. Nessa modalidade não é preciso provar a falta do serviço como na teoria da culpa, basta haver um fato do serviço que enseje o dano.¹³⁰

Observa-se que não é necessária a violação de um dever jurídico para ensejar a responsabilidade da Administração como na teoria anterior, o que leva a discussão de como seria possível haver responsabilidade sem violação de um dever jurídico, por tal esclarece Cavalieri:

E nesta altura cabe a seguinte indagação: se não há responsabilidade sem violação de dever jurídico e o risco, por si só, não configura nenhuma violação, qual seria o dever jurídico da Administração cujo descumprimento ensejaria o dever de indenizar? É a incolumidade de todos os administrados. O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.¹³¹

¹²⁸ MEIRELLES, H., 2008, p. 657-658.

¹²⁹ MEIRELLES, H., 2008, p. 658.

¹³⁰ VENOSA, S., 2004, p. 279-280.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, S., 2006, p. 253.

Ressalta-se que o fundamental nesta teoria para diferenciá-la das demais, é que tudo depende da comprovação do nexo causal, e desta forma se a Administração provar que a lesão foi provocada por fato exclusivo da vítima, esse nexo restará afastado.¹³²

Assim, exemplificamente, se o advogado do alimentado ficasse responsável em comunicar ao órgão a decisão de fixação de desconto em folha de pagamento, e devesse levar o despacho do juiz ordenando o desconto, e em separado a decisão que fixou os alimentos, mas acabasse levando uma decisão anterior que fixou em percentual diferente, teria a vítima culpa exclusiva pelo erro.

Extremando a teoria do risco administrativo, surgiu a teoria do risco integral, para esta teoria bastaria qualquer prova de nexo causal entre o dano e a administração para haver a obrigação de indenizar, e mesmo que houvesse culpa exclusiva da vítima essa obrigação permaneceria. Por ser tão radical e levar a desvios e abusos de poder, não foi aceita na prática por nenhuma legislação.¹³³

Por conseguinte, cumpre analisar a aceitação destas teorias no Direito Administrativo Brasileiro. No Brasil a tese da irresponsabilidade do Estado nunca vigorou, embora as constituições de 1824 e 1891 ainda não previssessem a responsabilidade do Estado, elas previam a responsabilidade do servidor por abusos ou omissões no exercício de suas funções que causassem prejuízos a terceiros. Não obstante, as leis ordinárias da época previam a responsabilidade do Estado, e a jurisprudência aceitava como sendo solidária para com a dos servidores, portanto, aceitava-se uma tese baseada na culpa civil, onde era imprescindível provar a culpa do servidor.¹³⁴

A primeira vez que um dispositivo legal tratou especificamente da responsabilidade civil foi com o código civil de 1916 em seu artigo 15, porém o dispositivo que aparentemente trazia elementos da teoria da culpa administrativa causou divergências entre os juristas sobre a exigência de prova da culpa da Administração.¹³⁵ Sobre o artigo 15 do CC/1916 Cavalieri esclarece:

¹³² GASPARINI, D., 2003, p. 841-842.

¹³³ VENOSA, S., 2004, p. 280.

¹³⁴ DI PIETRO, M., 2000, p. 505.

¹³⁵ MEIRELLES, H., 2008, p. 660.

Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em *representantes*, ainda ligado à idéia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado.¹³⁶

Destarte essa interpretação divergente do artigo 15 do Código de 1916 ter trazido pela primeira vez a discussão sobre a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, sem prova de culpa, somente com a Constituição de 1946 essa teoria foi oficialmente acolhida pelo ordenamento jurídico Brasileiro. A previsão da responsabilidade objetiva vinha no art. 194, e ainda em seu parágrafo único havia a possibilidade de ação regressiva contra o servidor que agisse com culpa. As constituições de 1967 e 1988 também acolheram a teoria¹³⁷:

A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda nº. 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina que ‘as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’.¹³⁸

Por tanto, o Direito Brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, na medida em que prevê a responsabilização do Estado pelos danos causados pelos seus agentes a terceiros. Desse modo, de acordo com Meirelles, deverá ser provado o nexo causal, e caso a culpa seja exclusiva da vítima, de caso fortuito ou força maior, ou fato de terceiro, não poderá haver responsabilização do Estado uma vez que não haverá causalidade por estes não constituírem atos de agentes públicos.¹³⁹

Desta forma, vislumbrando a teoria do risco administrativo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, se um agente do Estado implementa incorretamente uma decisão judicial gerando prejuízo para o alimentante, não será necessário provar a culpa, apenas a prova do nexo causal é suficiente.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, S., 2006, p. 255.

¹³⁷ DI PIETRO, M., 2000, p. 506.

¹³⁸ DI PIETRO, M., 2000, p. 506.

¹³⁹ MEIRELLES, H., 2008, p. 258.

Não será necessário, assim, verificar se o agente implementou a pensão erroneamente por dolo ou culpa, ou mesmo se agiu em conluio com alguém, pois o relevante é que só pode causar o dano por ser um servidor público. O fato de que era um agente público, agindo dentro de suas competências específicas, quais sejam, o gerenciamento da folha de pagamentos do Órgão, só é relevante para fins de análise da responsabilidade do próprio servidor, nesse sentido:

Não importará, de conseguinte, para efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente. Não importará, para tais fins, o saber-se se os poderes que manipulou de modo indevido continham ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, *em razão de o autor ser funcionário*, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal.¹⁴⁰

4.2 O dano indenizável

Por conseguinte, uma vez que seja comprovado o nexo causal, suficiente para a comprovação da responsabilidade em caso de dano de acordo com a teoria adotada, a outra questão que merece ser analisada é a do dano em si:

O dano deve ser provado por quem o alega. Esta é a regra geral, que só admite exceção nos casos previstos em lei, como a cláusula penal que prefixa a indenização e os juros de mora. Essa prova deve ser feita no processo de conhecimento, posto que para a liquidação só poderá ser deixada a mensuração do dano. O *quantum debeatur*, jamais a prova da sua própria existência. Condenar sem prova do dano colide com todos os princípios que regem a matéria.¹⁴¹

Sendo assim, para surgir o dever de indenizar do Estado deve-se também comprovar o prejuízo sofrido. O dano pode ser patrimonial ou moral, o dano patrimonial ainda é classificado em dano emergente ou lucro cessante. O dano patrimonial é aquele que atinge os bens ou interesses que constituem o patrimônio

¹⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 993.

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, S., 2006, p. 140.

da vítima, portanto, aqueles que pode ser quantificados monetariamente, e desta forma são passíveis de reparação.¹⁴²

O dano material que implica na diminuição imediata no patrimônio da vítima é considerado como dano emergente, é aquilo que efetivamente a vítima perdeu na ocasião, e por isso pode ser facilmente quantificado. Para levantar o seu valor bastará comparar o valor patrimonial anterior ao dano com aquele após o dano incluindo o valor necessário para que o bem atinja o *status quo ante*, ou seja, eventual valor de reparos.¹⁴³

No caso-objeto deste trabalho, se o alimentante tem descontado de seus proventos, a título de pensão alimentícia, um valor maior do que o determinado pelo juiz em decorrência de erro material, o dano é evidente. O salário de uma pessoa faz parte dos interesses que constituem seu patrimônio, e desta forma qualquer privação de parte deste salário, sem fundamento legal, constituirá um dano direto em seu patrimônio.

A mensuração deste dano também é de fácil percepção, basta apurar os valores que eram devidos de acordo com a decisão judicial e subtraí-los dos valores reais pagos, assim se terá como diferença o valor pago a maior, que constitui na efetiva e indevida diminuição no patrimônio do alimentante.

Por conseguinte, com relação ao lucro cessante, Cavalieri o conceitua desta forma:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.¹⁴⁴

Tal modalidade de lucro cessante parece também ser aplicável ao caso, pois os rendimentos do alimentante foram prejudicados, contudo, parte-se do pressuposto que assim que a Administração detectou o erro o corrigiu de acordo com a ordem legal originária, sendo assim, trata-se de ganhos pretéritos já

¹⁴² CAVALIERI FILHO, S., 2006, p. 96-97.

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, S., 2006, p. 97.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, S., 2006, p. 97.

normalizados. Desta forma, melhor classificar-se-ia como danos emergentes, já que ocorreu uma perda real do patrimônio, não o esperado, mas o legalmente devido.

Cumpra também analisar se poderiam ser provocados danos indenizáveis ao alimentado. Em parecer do Departamento de Polícia Federal, constatou-se que o procedimento geralmente adotado para reparar a situação de pagamento a maior de pensionista de alimentos, é a notificação da mesma de que os valores serão descontados conforme a legislação administrativa nas próximas prestações até um limite de 10% ao mês, até que a dívida esteja saldada.¹⁴⁵

Contudo neste caso específico, o juiz provavelmente impulsionado pelo alimentado adiantou-se proibindo que qualquer tipo de compensação incidisse sobre a prestação alimentar. Diante da lesão causada ao alimentante, o Departamento de Legislação e Pareceres do Órgão decidiu por reparar a lesão causada implementando crédito referente a diferença descontada a maior diretamente em sua folha de pagamento. Desta forma, mesmo sem provocação jurisdicional a Administração decidiu reparar o dano por sua própria conta.¹⁴⁶

Porém, o mesmo ato administrativo ordena a citação do alimentado para restituir o valor ao poder público, tal restituição pela pensionista embora se tenha visto que poderia ser aceita pela relativização do princípio da irrestituibilidade, poderia ensejar discussões caso o juiz entendesse como imprópria. E mesmo que a pensionista resolvesse restituir os valores, surge a questão se não teria direito a ser indenizada, pois não necessariamente se preparou para esta situação.¹⁴⁷

Com efeito, mesmo que os princípios aplicáveis ao caso permitissem a restituição, em sede de responsabilidade objetiva, poderia se discutir sobre o dever do Estado em indenizar o alimentado por possíveis prejuízos que esta restituição causaria ao mesmo, não só em parcela única como também em caso de desconto direto em sua pensão numa forma de compensação. Para tal, importante analisar um dos pressupostos colocados por Bandeira de Mello para que insurja o direito de indenizar:

Para que nasça o dever público de indenizar é mister que o dano apresente certas características.

(a) A primeira delas é que o dano corresponda a lesão *a um direito* da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar,

¹⁴⁵ Parecer nº 1343/2008.

¹⁴⁶ Parecer nº 1343/2008.

¹⁴⁷ Parecer nº 1343/2008.

Ou, dito pelo reverso: quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular indenização. Isto é, importa, como disse Alessi, dantes citado, que o evento danoso implique, ademais de lesão econômica, lesão jurídica.¹⁴⁸

Na mesma linha segue Gasparini ao determinar os pressupostos para que um dano seja reparável pela Administração:

O dano ou prejuízo é o resultado da ação danosa, no caso, do Estado. E perda ou prejuízo patrimonial sofrido por alguém, em decorrência de ato ou fato estranho à sua vontade. Se causado pela própria vítima, não configura a responsabilidade, salvo situação especialíssima (bens tombados). Ademais, o dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for certo (possível, real, efetivo, aferível, presente — exclui-se, pois, o dano eventual, ou seja, o que poderá acontecer), especial (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), anormal (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), referente a uma situação protegida pelo Direito (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e de valor economicamente apreciável (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório). O dano que não apresentar, ao mesmo tempo, essas características não é reparável pelo Poder Público que lhe deu causa.¹⁴⁹

Cumprir notar que, se o princípio da Irrestituibilidade for relativizado em face dos princípios gerais de direito e os específicos da Administração, não se poderia falar em lesão a direito do alimentado, e desta forma seria impróprio a indenização. Por isso, fica difícil provar a configuração de danos passíveis de indenização por parte do alimentado na hipótese trabalhada, mesmo os morais.

Contudo os danos sofridos pelo alimentante devem ser indenizados pelo Poder Público uma vez que violou direitos do Administrado quando implementou desconto em desacordo com o legalmente instituído, sem autorização do servidor, causando prejuízo de fácil comprovação.

Vale dizer, que caso a Administração não repare o dano causado de ofício, ou por procedimento administrativo provocado geralmente pela vítima, para que a mesma possa obter a indenização, basta que acione a Fazenda Pública e

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 1004.

¹⁴⁹ GASPARINI, D., 2003, p. 844.

demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano (e comprove o dano sofrido), bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge a obrigação de indenização pelo Poder Público.¹⁵⁰

4.3 Responsabilidade do servidor público

Uma vez que a Administração tenha cometido um erro descontando mais do que devido de um servidor, poderia e talvez devesse repor esse valor ao servidor prejudicado de acordo com o estudado, imediatamente quando constatado, e somente após procurar acionar aquele que teve benefício. Nesta situação a Administração arcaria inicialmente com o prejuízo pelo ato do servidor que cometeu um erro material, e poderia não ser ressarcida dependendo do entendimento do juiz do caso que poderia negar a busca do valor junto a pensionista embasando-se nos princípios já tratados da Irrepetibilidade e Incompensabilidade.

Por conseguinte a responsabilidade do agente público deve ser analisada na hipótese em apreciação. Essa responsabilidade poderá ser: civil; administrativa; ou criminal. Cada uma destas modalidades são autônomas e podem ser apuradas em conjunto ou não¹⁵¹. Quanto a responsabilidade civil, Meirelles pondera:

A responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização. Essa responsabilidade (civil) é independente das demais (administrativa e criminal) e se apura na forma do Direito Privado, perante a Justiça Comum.¹⁵²

Com efeito, na conjectura de um agente que comete erro de fato material não intencional, e provoca um desconto a maior de alimentos para um servidor, caso o alimentado não devolva os valores a maior por compensação ou pagamento em cota

¹⁵⁰ GASPARINI, D., 2003, p. 846.

¹⁵¹ MEIRELLES, H., 2008, p. 507.

¹⁵² MEIRELLES, H., 2008, p. 507.

única, poderá ou deverá a Administração proceder com a devolução do valor tolhido indevidamente, sob pena de sofrer ação indenizatória.

Desta forma, diante da não restituição do valor pago à Administração a título de indenização ao alimentante, terá se caracterizado oneração indevida do erário público, surgindo o dever de reparar o dano pelo servidor que cometeu o erro. Contudo, partindo do pressuposto que o autor do erro agiu com culpa, ou seja, por imprudência, negligência ou imperícia, poderá não se configurar ilícito penal¹⁵³, segundo Meirelles:

Assim, se o servidor causar prejuízo a Administração por negligência, imperícia ou imprudência na sua conduta, ficará sujeito à responsabilidade civil e administrativa, mas pode não ficar sujeito à responsabilização penal, se não cometeu nenhum ilícito criminal. A culpa é menos que o dolo, como os ilícitos administrativo e civil são menos que o ilícito penal, e, por isso, pode haver responsabilidade civil e administrativa sem haver responsabilidade criminal, mas não pode haver responsabilidade penal sem responsabilidade administrativa e civil.¹⁵⁴

Por conseguinte, quanto à responsabilidade civil do agente, importante ressaltar que não poderá o terceiro prejudicado (os administrados), acioná-lo diretamente em ação de indenização, conforme já tratado, vigora o princípio da impessoabilidade, sendo o Órgão Público o responsável pelos danos causados por seus agentes no exercício de suas funções, nesse sentido sustenta o constitucionalista José Afonso da Silva:

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoabilidade vale aqui também.¹⁵⁵

Celso Antonio Bandeira de Mello critica esse posicionamento também sustentado por Hely Lopes Meirelles, por achar que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal Brasileira não visa proteger o agente:

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 323-324.

¹⁵⁴ MEIRELLES, H., 2008, p. 508.

¹⁵⁵ SILVA, J., 2005, p.674.

Esta posição do ilustre autor não nos convence. Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro.

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.¹⁵⁶

Não obstante, parece tal entendimento uma violação do princípio da impessoabilidade e não merece prosperar, pois não se trata de proteger o agente, mas sim a atividade da Administração pública e os princípios gerais de direito, conforme já exposto no início deste capítulo.

Além disso, é previsto direito de regresso da Administração contra o causador direto do dano conforme instituído pelo § 6.º do art. 37 da Constituição Federal como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. E, quanto aos servidores da União, a Lei Federal 4.619, de 28.04.65, impõe o ajuizamento de ação regressiva pelo Procurador da República, dentro de sessentas dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda (arts. 1.º e 2.º), sob pena de incidir em falta funcional (art. 3.º).¹⁵⁷

A Lei 8.112/90 ainda determina em seu artigo 122, § 2º que "tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva", e desta forma afasta a denúncia à lide ou o litisconsórcio do agente que causar o dano.¹⁵⁸

Destarte, para que a Administração possa ingressar com uma ação regressiva contra um de seus agentes, primeiro ela terá que já ter sido condenada a indenizar a vítima e ter efetuado o pagamento desta indenização, e depois terá que provar que o agente público teve culpa no evento danoso. No caso em apreço, uma vez que o ato administrativo ordenou o desconto de acordo com uma ordem judicial, de fácil comprovação que o erro só pode ter sido cometido por aquele que interpretou equivocadamente a ordem. Observa-se que nesse caso a prova de culpa é essencial, pois se trata de responsabilidade subjetiva.¹⁵⁹

¹⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, C., 2008, p. 1018.

¹⁵⁷ DI PIETRO, M., 2000, p. 515.

¹⁵⁸ DI PIETRO, M., 2000, p. 515.

¹⁵⁹ MEIRELLES, H., 2008, p. 669.

Por conseguinte, caso a Administração opte por ressarcir o prejuízo independentemente de provocação judicial através de processo administrativo, poderá também acionar o agente causador do dano, conforme colocado por Di Pietro:

Se a indenização foi paga administrativamente, o Procurador Geral do Estado instaurará de ofício o procedimento para apuração de responsabilidade de agente público. Comprovada a responsabilidade, será intimado o agente para, em 30 dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente. Vencido esse prazo, sem pagamento, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito.¹⁶⁰

Além disso, poderá também o agente causador do dano responder pela sua responsabilidade administrativa, esta, como já explicado, é independente das outras já trabalhadas, e dependerá da violação das normas internas da Administração Pública que vinculam o servidor, conforme exposto por Gasparini:

A responsabilidade administrativa do servidor público é a que resulta do descumprimento de normas internas da entidade a que está vinculado, a violação do correto desempenho do cargo ou da infração de regras estatutárias. Nos termos do art. 124 do Estatuto federal, é a que resulta de atos ou omissões praticados no desempenho do cargo ou função. Qualquer desses comportamentos gera o ilícito administrativo e enseja a aplicação da pena disciplinar. Tal como as demais, não depende do resultado dos processos civil e criminal eventualmente instaurados em razão do mesmo fato. Portanto, apurada a infração administrativa, cabe à autoridade competente aplicar a pena, sem qualquer preocupação com o desfecho dos processos que tramitam nas demais esferas de responsabilidade (RT, 227:586 e 302:747; RDA. 91:89 e 126:177).¹⁶¹

No âmbito da responsabilidade administrativa as infrações que podem ser cometidas em geral não são tão bem tipificadas quanto no direito penal, algumas são genéricas e dependerão da interpretação dada ao caso. Desta forma existe certa discricionariedade na tipificação no caso concreto, inclusive na cominação das penas.¹⁶²

¹⁶⁰ DI PIETRO, M., 2000, p. 516.

¹⁶¹ GASPARINI, D., 2003, p. 220.

¹⁶² DI PIETRO, M., 2000, p. 474.

Na hipótese do agente que desatentamente implemente um desconto de alimentos que deveria ter como base os vencimentos líquidos, mas o faz com base nos rendimentos brutos, poder-se-ia dizer que infringiu o dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições de seu cargo, consoante o disposto no art. 116, inciso I, da Lei 8.112/90. Porém esse dever do servidor é um tanto genérico e dependeria da interpretação da comissão disciplinar instaurada o seu enquadramento concreto, devendo isto e eventual penalidade ser bem fundamentada.

Por tanto, a situação trabalhada gera muitos reflexos em diferentes áreas, tem-se nesse caso a evidente influência dos princípios de campos distintos do direito, que poderão causar prejuízos e violar direitos dependendo do modo com que forem aplicados. Conseqüentemente, resta claro a responsabilidade que um único servidor público tem que ter no exercício de suas funções, sob pena de provocar situações substancialmente prejudiciais, a ponto de ameaçar a subsistência de outras pessoas.

CONCLUSÕES

Em decorrência das doutrinas e preceitos estudados, restou demonstrada a complexidade que envolve uma situação prática na qual institutos peculiares – como o Direito Administrativo e o Direito de Família – devem ser relacionados para buscar soluções para o problema suscitado.

Analisando-se primeiramente as garantias de subsistência providas pelos fatores de poder das sociedades ao longo da antiguidade até os dias atuais, verificou-se o grande desenvolvimento no Direito de Família do instituto da pensão alimentícia, desde seus primeiros esboços na Babilônia com o Código de Hamurabi, aos modernos mecanismos que visam garantir o adimplemento das obrigações criadas.

O desconto em folha de pagamento hoje é o meio mais eficiente e preferido entre os magistrados para realizar o pagamento periódico de alimentos, evitando constrangimentos, atrasos, e inclusive o inadimplemento.

Destaca-se que no desconto em folha de pagamento, abre-se a possibilidade de responsabilizar pessoas que não fazem parte da relação alimentar pelo adimplemento da obrigação alimentar. Isso ocorre uma vez que o empresário ou administrador público terá que cumprir a ordem judicial indiscutivelmente sob pena de sofrer a responsabilização penal específica, tanto em relação à desobediência de uma ordem judicial, como em relação ao crime específico previsto na lei de alimentos.

Em relação aos procedimentos adotados pela Administração Pública para cumprir a ordem judicial de fixação do desconto em folha de alimentos, percebe-se a importância de uma definição específica de atos e fatos administrativos, pois isso terá conseqüências nas soluções que poderão ser adotadas em caso de erros nestes procedimentos.

Especificamente, diante da análise das controvérsias entre os autores administrativistas no tocante a amplitude dos conceitos com que trabalham atos e fatos administrativos, pôde-se esclarecer onde exatamente está a divergência entre os mesmos. Em seqüência, verificaram-se as possibilidades de erro na implantação

de desconto de pensão alimentícia e as conseqüências produzidas, bem como possibilidades de solução dependendo de onde exatamente ocorressem. Pois se o vício está no ato ele poderá ser sujeito a invalidação e convalidação, porém havendo danos a terceiros somente a invalidação será possível, no problema apresentado ocorreram danos e, portanto a melhor alternativa seria a invalidação.

Contudo, no problema tratado o erro ocorre no procedimento de implantação do desconto no sistema de pagamento, e este, segundo os conceitos doutrinários mais sólidos, seria um fato administrativo que decorreria do ato administrativo de ordenação do desconto. Desta forma, o fato, assim que percebido estar em desacordo com o ato, deveria ser imediatamente adequado ao mesmo, sob pena de aumentar as responsabilidades dos administradores, e os prejuízos causados, devendo-se discutir o saneamento das lesões acarretadas à luz dos princípios relacionados na conjuntura idealizada.

No confronto entre princípios, não se pode deixar de aplicar um em detrimento de outro, como se faria com normas ordinárias, pois princípios não podem ser ignorados. Contudo na análise da colidência entre o princípio da irrepetibilidade e dos princípios administrativos envolvidos, bem como os princípios gerais de direito, tal como o do enriquecimento ilícito, pode-se avaliar a incidência de cada um na situação fática para então determinar aqueles que irão prevalecer e quais serão relativizados.

Por conseguinte, verificou-se que o princípio da Irrepetibilidade dos alimentos não é absoluto, sendo relativizado em determinados casos. Na hipótese analisada demonstrou-se que os princípios gerais e constitucionais devem prevalecer não podendo um princípio de ordem inferior ser sustentado em face dos últimos, causando prejuízos a Administração Pública e ao Alimentante.

Desta forma, os alimentos pagos a maior poderiam ser restituídos pelo alimentado, e conforme trabalhado, por se tratar de dívida de natureza alimentar, poderia ser compensado nas próximas prestações alimentícias, pois ambas as obrigações possuem a mesma natureza, a despeito de opiniões divergentes.

Não obstante, abordando as conseqüências e saneamento dos prejuízos que poderiam advir dos erros cometidos dependendo das atitudes tomadas, analisou-se a responsabilidade dos sujeitos envolvidos, em especial das características

peculiares da responsabilidade estatal.

Em uma abordagem histórica verificou-se a adoção pelo Direito Brasileiro do princípio da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, na qual o Estado é responsável por danos causados a terceiros, sendo necessária a prova do nexo causal. Em decorrência disso o Estado poderia ser acionado para indenizar os prejuízos causados caso o alimentado não restituísse os valores que recebeu a mais, uma vez que o nexo causal é evidente.

Porém, o nexo causal não é o único elemento importante na configuração da responsabilidade objetiva, deve-se verificar se ocorreu um dano efetivo que enseje a obrigação de indenizar. No caso do alimentante que teve seus rendimentos reduzidos em decorrência do erro administrativo, a lesão a seu patrimônio é de fácil comprovação, tendo o mesmo os elementos necessários para exigir a indenização do prejuízo sofrido.

Já em relação ao alimentado que restituiu os valores recebidos a maior fica difícil a prova de prejuízos sofridos, porém também não se pode afastar a possibilidade de ocorrência dos mesmos. Contudo uma vez que a restituição de acréscimo patrimonial recebido sem fundamento trata-se de procedimento previsto pelo princípio geral da vedação do enriquecimento ilícito, no máximo poder-se-ia alegar a ocorrência de alguma espécie de dano moral.

Observa-se que não é necessário recorrer ao judiciário para provocar a indenização pela Administração Pública, pode-se ingressar com um processo administrativo para pedir a indenização, uma vez que o Estado rege-se pelo princípio da auto tutela, e uma vez que evidenciado o prejuízo causado deve preservar a ordem jurídica compondo os danos causados.

Fala-se no Estado como órgão e não no agente, em decorrência do princípio da impessoabilidade, segundo o qual o agente não pode ser acionado diretamente. Apesar de alguns doutrinadores que acreditam que o agente poderia ser acionado diretamente, a tese da impessoabilidade restou mais condizente com as teorias adotadas pelo direito brasileiro.

Por fim, o erário público é também protegido pelo direito público, resguardando então o direito de regresso contra o agente causador de dano ao mesmo, tanto nos processos judiciais quanto na esfera administrativa. Uma vez que

o agente público tenha agido com culpa, por negligência na implantação da verba alimentar, terá que indenizar a Administração caso a mesma tenha que indenizar os demais sujeitos envolvidos.

Além da responsabilidade civil em ação regressiva, o agente público ainda poderia ser responsabilizado administrativa e penalmente, em processos independentes, caso tenha violado os deveres de servidor público, ou as normas penais. Como se considera que o mesmo agiu sem dolo, a responsabilização penal é de difícil configuração, porém no âmbito administrativo, dependerá da análise prática determinar se o agente descumpriu seus deveres administrativos, como por exemplo, de zelo no cumprimento de suas funções. Ficaria então esta análise sujeita a discricionariedade fundamentada do administrador público que julgasse o feito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: UNB, 1994.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Manual de pensão alimentícia**. Acesso restrito a administradores do sistema. Disponível em: <<http://www.siapenet.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2008.

CARDOSO, Débora Rezende. **União estável e alimentos**: fontes de enriquecimento sem causa no Direito de Família. 2007. 116 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CESAR Fiúza. **Direito civil – curso completo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Dois pesos e duas medidas para preservar a ética**: irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2627>, Acesso em: 25/10/2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, V.

DINIZ, Maria Helena. **Instituições de direito civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, V.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

INFANTE, Vidal Sunci3n. **Enriquecimento sem causa**: uma vis3o holística. Disponível em: < <http://www.espacoacademico.com.br/045/45cinfante.htm>>, Acesso: 22/10/2008.

JOHNS, Claude Hermann Walter (Comp.). **O c3digo de hamurabi**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>>. Acesso em: 16 set. 2008.

LEITE, Gisele. **Alimentos**: considerações gerais e jur3dicas sobre alimentos. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/22/2822/>>. Acesso em: 10 out. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Ant3nio. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas SA, 2001, v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 4: direito das obrigações**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PLANEJAMENTO, Ministério do. **Manual de pensão alimentícia**. Acesso restrito a administradores do sistema. Disponível em: <<http://www.siapenet.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Marnoco e. **Direito romano, peninsular português**. 3. ed. Coimbra: França Amado, 1910.

TORRENS, Haradja Leite. **Da hermenêutica clássica para a hermenêutica constitucional**: o papel de uma hermenêutica principiológica. Revista Jurídica da FIC. Fortaleza, v. 3, n. 4, ano 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Enriquecimento sem causa**. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS>>, Acesso em: 22 out. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil v.2: execução**. 9. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

APÊNDICE A – DEFESA DA MONOGRAFIA

Slide 1

**RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A
MAIOR INDEVIDAMENTE A TÍTULO
DE PENSÃO ALIMENTÍCIA,
DECORRENTE DE ERRO MATERIAL DA
ADMINISTRAÇÃO**

*Trabalho de Conclusão de Curso
Orlando da Costa Junior
Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de
Oliveira*

Slide 2

PENSÃO ALIMENTÍCIA

➤ **Desconto em folha de pagamento**

- Benefícios:
 - Garantia de adimplemento
 - Evita atrasos eventuais
 - Não necessita de qualquer ação do alimentante
 - Não necessita de ação judicial específica
- Modalidades de desconto em folha:
 - Por valor específico
 - Percentual do salário mínimo brasileiro
 - Percentual dos rendimentos do alimentante

Slide 3

PENSÃO ALIMENTÍCIA

➤ **Desconto em folha de pagamento**

- Desconto sobre os proventos do alimentante:
 - Sobre o que o percentual deverá incidir?

O diagrama ilustra o cálculo dos rendimentos líquidos a partir dos rendimentos brutos. Um retângulo cinza à esquerda contém o texto 'Rendimentos brutos'. Uma linha horizontal com um traço grosso preto aponta para um retângulo vermelho no centro contendo 'Seguridade social' e 'Imposto de renda'. Uma linha diagonal aponta de cima para esse retângulo vermelho, conectando-se a um retângulo branco superior contendo 'Descontos obrigatórios'. À direita do retângulo vermelho, duas linhas horizontais com traços grossos pretos apontam para um retângulo verde à direita contendo 'Rendimentos líquidos'.

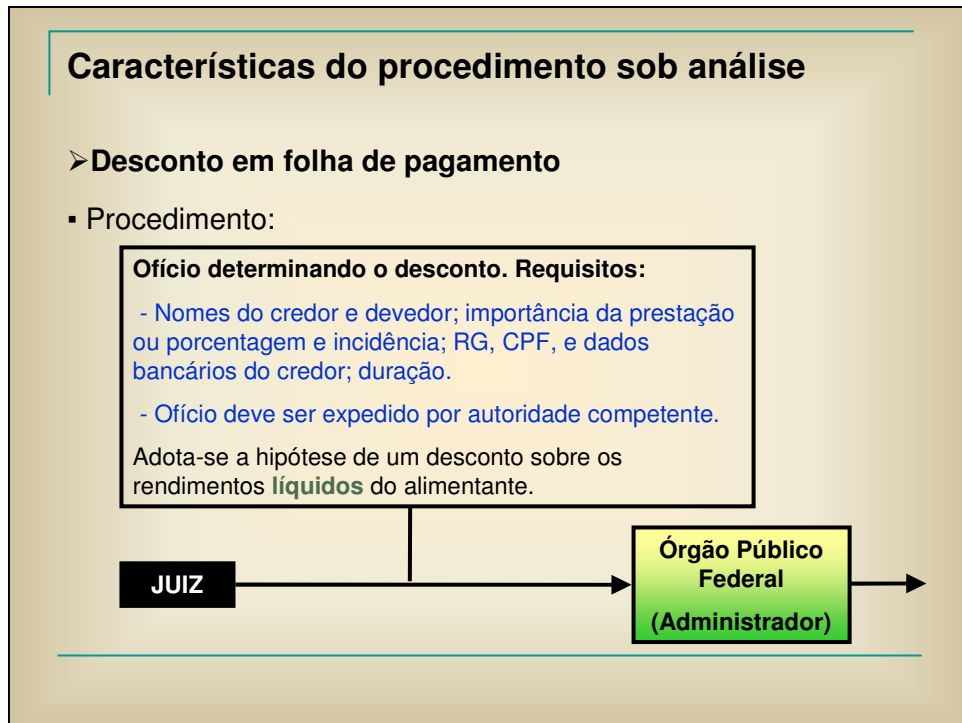
Slide 4

Características do procedimento sob análise

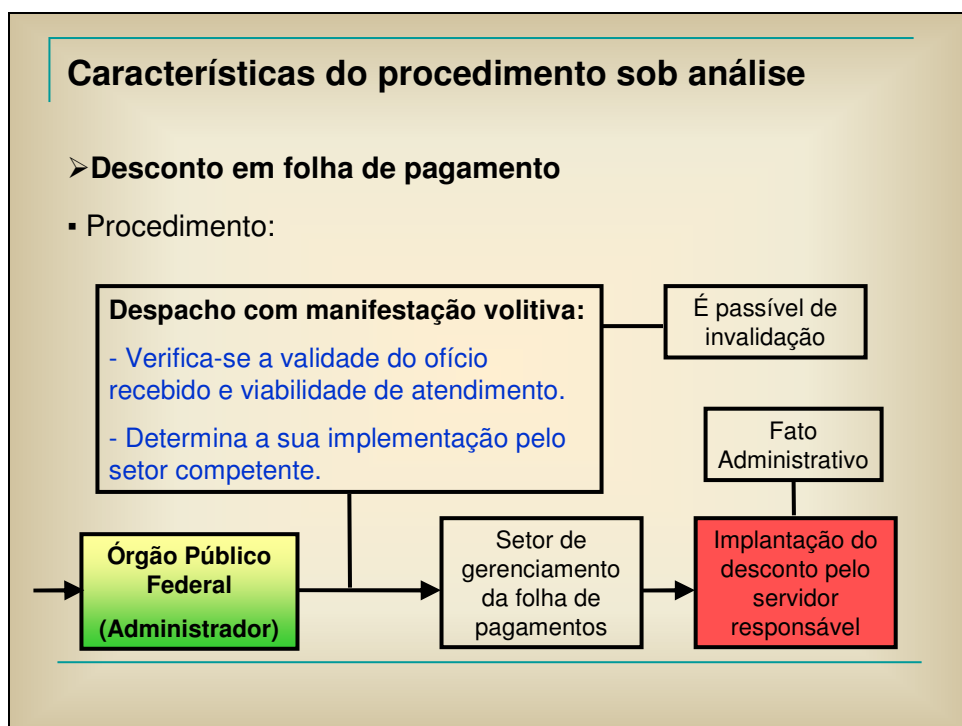
➤ **Atos e fatos administrativos**

- Conceito de atos administrativos: manifestação de vontade da administração que produza efeitos internos ou externos (Meirelles). Conseqüência:
 - Fatos serão aqueles decorrentes dos atos.
 - Exceção: Procedimentos preparatórios de atos fazem parte dos mesmos.
- Conseqüências das classificações:
 - Atos administrativos sujeitam-se a invalidação e anulação.
 - Fatos administrativos estão vinculados aos atos que os originaram.
 - Fatos materiais também podem gerar efeitos jurídicos.

Slide 5



Slide 6



Slide 7

Características do procedimento sob análise

➤ Desconto em folha de pagamento

- Erro na implantação do desconto: Conseqüências financeiras

PROVENTOS		PROVENTOS	
SUBSIDIO	7.000,00	SUBSIDIO	7.000,00
Rendimentos brutos:	7.000,00	Rendimentos brutos:	7.000,00
DESCONTOS		DESCONTOS	
Imposto de Renda Devido:	610,56	Imposto de Renda Devido:	772,10
Cont. Plano Seg. Social:	770,00	Cont. Plano Seg. Social:	770,00
P.A. sob bruto (30%):	2.100,00	P.A. sob líquido (30%):	1.512,58
Salário líquido:	3.519,44	Salário líquido:	3.945,32
Diferença na pensão:	587,42	Em seis meses:	3.524,51

Slide 8

Princípios envolvidos na situação

➤ Vedação do enriquecimento sem causa:

- Características:
 - Princípio geral de direito implícito.
 - Visa equilíbrio nas relações jurídicas
- Configuração do enriquecimento sem causa:
 - Enriquecimento de um sujeito a custa de outro.
 - Não existência de causa abarcada pela ordem jurídica.
- Conseqüências:
 - Restituição por quem teve acréscimo a quem teve o decréscimo patrimonial.

Slide 9

Princípios envolvidos na situação

➤ Princípio da Irrepetibilidade dos Alimentos:

- Alimentos não podem ser restituídos em decorrência de sua característica alimentar.
- Princípio consagrado pela jurisprudência.

▪ Exceções principais propostas pela doutrina:

- Alimentos *ad litem*.
- Má fé ou postura maliciosa do credor.

Justificativa: Para não ensejar o enriquecimento injusto.

Obs: Enriquecimento injusto não pressupõe postura maliciosa ou má fé.

Slide 10

Princípios envolvidos na situação

➤ Irrepetibilidade X Princípios de Direito Administrativo

▪ Princípio da impessoalidade:

- Tratar todos os administrados sem discriminações.

Conseqüência: Uma pessoa não pode se favorecer em detrimento de outra.

▪ Princípio da finalidade:

- A administração terá que interpretar as normas aplicáveis ao caso da melhor maneira a atingir a finalidade pública evitando favoritismos ou perseguição.

Conseqüência: - Aplicação do 884, C.C.
- Art. 46, Lei 8.112/90.

Slide 11

Princípios envolvidos na situação**➤ Irrepetibilidade X Princípios de Direito Administrativo**

- Princípio da auto tutela (*lato senso*):
 - A administração deve corrigir seus erros.
 - Aplicação genérica do princípio da Auto Tutela pela Administração.
- Interpretação hermenêutica da colidência de princípios:
 - Utilização da proporcionalidade
 - Ponderação dos princípios
 - Não acarreta negação de qualquer princípio

Conclusão: Os princípios gerais de direito, e os princípios da administração pública devem prevalecer sobre o princípio da Irrepetibilidade.

Slide 12

Princípios envolvidos na situação**➤ Possibilidade de compensação na verba alimentar**

- Princípio da incompensabilidade da prestação alimentar:
Alimentante não pode compensar dívidas para com o alimentado na prestação alimentar.

Exceção: Quando ambas as dívidas forem de caráter alimentar.

Características do caso em análise:

- O salário do servidor tem natureza alimentar;
- A pensão tem caráter alimentar.

Slide 13

Responsabilidade da Administração**➤ responsabilidade objetiva da administração**

- Teoria do risco administrativo

▪ Hipótese estudada:

- Um agente da administração causa danos a terceiros
- Existe prova do nexu causal.
- Não é necessário provar a culpa do agente.

▪ Conseqüência: Administração terá que indenizar os prejuízos causados, administrativamente ou judicialmente.

Slide 14

Responsabilidades do agente público**➤ Princípio da impessoalidade**

▪ O agente não pode ser acionado diretamente pela vítima.

▪ Hipótese:

- Administração ressarcir os danos causados.
- Alimentado não restitui a vantagem obtida.

Conseqüência: Ocorre prejuízo a administração.

➤ Responsabilidade penal:

- Se o agente age com culpa não há crime. Pois a lei não prevê a modalidade culposa para os possíveis crimes.

Slide 15

Responsabilidades do agente público

➤ **Responsabilidade civil**

- Princípio da impessoabilidade
- Ação regressiva da Administração contra o agente:
 - art. 37, § 6º, da CF (norma geral)
 - Lei 4.619, de 28.04.65 (servidores da União)
 - Art. 122, Lei 8112/90 (estatuto dos servidores)
 - Deve ser provada a culpa do agente.

➤ **Responsabilidade administrativa:**

- Violação de normas internas da administração
- Infrações genéricas, exemplo: dever de zelo.
- Depende da discricionariedade da comissão disciplinar.