

devido o pagamento da gratificação de nível universitário, calculando-se seu percentual em função de curso que fornece o diploma atualmente exigido para provimento do cargo. O professor de Inglês que não tem o curso de Faculdade de Filosofia terá o mesmo direito daquele que o tem, porque ambos exercem cargo contemplado no art. 67 da Lei n.º 14; o professor de ensino técnico de grau médio, do curso industrial, que leciona Marcenaria, por exemplo, não terá direito à percepção da vantagem, de vez que não há exigência de diploma de curso superior, feito após a conclusão do 2.º Ciclo do Ensino Médio, para tal tipo de professor.

O que se demanda nos itens *b* e *c* já está respondido no item *a*, afigurando-se-nos despreciosa, como já explanado, para os efeitos da percepção do nível universitário, a questão do registro no Ministério de Educação e Cultura, cabendo a advertência quanto à necessidade de ser sanada a irregularidade, em face da determinação do art. 61 da Lei de Diretrizes e Bases.

11. A última pergunta formulada na consulta se refere à hipótese de que um professor de ensino médio tenha registro no Ministério de Educação e Cultura e venha "a cancelar o registro", inquirindo-se que conseqüências, nesse caso, adviriam ao professor.

Data venia, a questão, como é formulada, não comporta uma resposta conclusiva, que só poderia ser dada em um caso concreto, atendidas as circunstâncias de que se revestisse tal cancelamento.

Realmente, poderia o cancelamento ter um caráter punitivo, quando então teria uma sorte de conseqüências. Formulemos um exemplo, para melhor compreensão: o Professor A, de período anterior às Faculdades de Filosofia, conseguiu ser nomeado para seu cargo, porque apresentou o registro no MEC, que foi obtido por ter êle apresentado àquela repartição federal uma certidão de que lecionara, por 5 anos, no Colégio B. Posteriormente apura-se, de uma forma ou outra, que a certidão era falsa e por isso é cancelado o registro irregular. Neste caso o registro foi condição essencial para a nomeação, e o seu cancelamento, pela razão que foi feito, importará em viciar aquêlo ato administrativo da nomeação, pelo que deveria o Estado providenciar a anulação do mesmo ato administrativo.

Poderia também ser cancelado o registro por ato discricionário da pública administração e teríamos outra sorte de resultados. Suponhamos que o Ministério da Educação, por ter sido excluída do *curriculum* certa disciplina, determine o cancelamento dos registros relativos a essa disciplina. O professor que fôsse estável e que não tivesse habilitação legal para lecionar outra cadeira, teria que ser pôsto em disponibilidade.

Além dessas duas, outras hipóteses poderiam ser previstas, cada qual com uma solução, parecendo-nos impossível respondermos sem o exame do caso concreto, e das circunstâncias que o cercaram.

Finalizando êste parecer, queremos frisar que as conclusões a que chegamos, no que se refere ao pagamento da gratificação de nível universitário, assentam na premissa de que partimos quanto à interpretação do art. 67 da Lei n.º 14, no sentido de que importa ser considerado o cargo

e as condições legais de sua investidura e desempenho, não a pessoa de seu eventual ocupante.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 1964.

ANTÔNIO CARLOS CAVALCÂNTI MAIA
Procurador do Estado

**GRATIFICAÇÃO INDEVIDAMENTE CONCEDIDA.
INCORPORAÇÃO AOS VENCIMENTOS.
REPOSIÇÃO**

1.º PARECER

Trata-se no presente processo da gratificação aos servidores do Estado que trabalham com raios-X e substâncias radioativas. A consulta enunciada pelo Departamento do Pessoal e submetida ao exame da Procuradoria é resultante de outra, anteriormente formulada e sobre cuja matéria — pagamento indevido do benefício — já tivemos o ensejo de nos manifestar.

Para a boa exposição do assunto que nos cabe considerar, de acôrdo com as diversas indagações articuladas pelo órgão consulente, parece-nos útil transcrever, logo de início, os comandos legais que regulam a concessão da vantagem em aprêço, sublinhando em cada dispositivo os trechos pertinentes aos temas em apreciação.

A Lei n.º 194, de 1948, assim prescreveu :

“Atr. 1.º Aos servidores da Prefeitura que *trabalham diretamente* com os raios-X e substâncias radioativas serão concedidos os seguintes direitos :

.....
.....
c) gratificação ou adicional de trinta por cento (30%) aos vencimentos ou salário”.

A mesma lei também dispôs :

“Art. 6.º Não terão os benefícios desta lei os servidores da Prefeitura *que no exercício de funções acessórias fiquem expostos às irradiações de raios-X, em caráter específico ou ocasional*, ou aquêles que, embora enquadrados no art. 1.º, estejam afastados, por qualquer motivo, do exercício de suas atribuições,

exceto nos casos de licença para tratamento de saúde ou de licença à gestante”.

Os requisitos que, para obtenção da vantagem, estabeleceu concisamente, no art. 1.º, o diploma já referido, foram explicitados no Decreto n.º 9.734, de 1949, que o regulamentou. Da forma seguinte :

“Art. 1.º Terão direito às vantagens asseguradas pelo art. 1.º e seus parágrafos da Lei n.º 194, de 1-11-1948, os servidores *que no exercício de funções inerentes à carreira ou série funcional trabalhem de modo sistemático ou diretamente com aparelhos de raios-X ou lidem diretamente com substâncias radioativas*”.

Disciplinando ainda a matéria, o mesmo decreto também dispôs :

“Art. 2.º Os titulares das Secretarias Gerais que tiverem *servidores enquadráveis nos dispositivos da Lei n.º 149, de 1948, submeterão, anualmente, nos primeiros dias do exercício, à aprovação do Prefeito, por iniciativa da Secretaria Geral de Saúde e Assistência, uma relação desses servidores, com o nome, cargo, matrícula e indicação do órgão a que pertençam.*

§ 1.º Qualquer alteração que houver de ser feita na relação a que se refere o artigo, deverá ser previamente autorizada pelo Prefeito, por iniciativa da Secretaria interessada e por intermédio da Secretaria Geral de Saúde e Assistência.

§ 2.º A Secretaria Geral de Saúde e Assistência *manterá atualizada a relação nominal de todos os servidores beneficiados pela Lei n.º 194, citada, com os dados relativos aos respectivos cargos ou funções, lotação e local de trabalho*”.

Note-se bem o cuidado com que o decreto regulamentador procurou cercar a percepção do benefício, estabelecendo que os *servidores enquadráveis nos dispositivos da Lei 194* deveriam constar de *relação a ser aprovada anualmente* pelo Chefe do Executivo, relação essa a ser mantida atualizada pela Secretaria de Saúde e Assistência.

Adveio, porém, a Lei n.º 567, de 1951, que instituiu sistema bem mais liberal para o gozo da vantagem, revogando as restrições da lei precedente, para assim preceituar :

“Art. 5.º Ficam *extensivos aos servidores da Prefeitura do Distrito Federal que trabalhem diretamente com raios X e substâncias radioativas e aos que no exercício de funções acessó-*

rias fiquem expostos às irradiações de raios-X, em caráter específico ou ocasional, os direitos da Lei n.º 194, de 1-11-1948.

Parágrafo único. Enquadram-se também no disposto neste artigo os servidores que estejam afastados por qualquer motivo do exercício de suas atribuições, exceto nos casos de licença para tratamento de saúde ou de licença à gestante”.

Observe-se que, no seu apressado empenho de facilitar o que antes se dificultava, os legisladores inverteram a disposição da lei anterior sobre os servidores afastados, sem reparar que excluía, paradoxalmente, do benefício as gestantes e os enfermos, aos quais, de maneira mais justa, o diploma precedente assegurava a gratificação...

Todavia, as primeiras normas foram restabelecidas pela Lei n.º 856, de 1956, que diz :

“Art. 30. *Fica revigorado o art. 6.º da Lei n.º 194, de 1948, e revogado o art. 5.º e seu parágrafo único da Lei n.º 567, de 12-1-1951, bem como o art. 10 da Lei n.º 826, de 1955, aproveitados os servidores que, à data da publicação desta lei, estejam no exercício da função*”.

Ora, o advento da Lei n.º 567, de 1951, ensejou a vários servidores obterem a gratificação que lhes era vedada na vigência da Lei n.º 194, de 1948, de vez que apenas em funções acessórias lidavam com raios-X e substâncias radioativas. Mas, revigorado o art. 6.º dessa última lei e revogados o art. 5.º e seu parágrafo único da Lei n.º 567, tais servidores não poderiam mais auferir a vantagem, devendo ser excluídos das relações anuais a que se refere o Dec. n.º 9.734, de 1949.

Contudo, no processo n.º 6.036.636, de 1961, informava-se que servidores favorecidos pela Lei n.º 567 continuavam a perceber a gratificação depois de revogado o dispositivo que os beneficiava e que, mesmo após essa revogação, houve casos em que foi concedida a vantagem sem obediência às condições mais rigorosas da Lei n.º 194, cujo art. 6.º fôra revogado. A Comissão que teve a incumbência de rever a matéria solicitou a audiência da Procuradoria a fim de assentar critério para os seus trabalhos. O nosso pronunciamento a respeito foi vazado nos termos seguintes :

“A percepção do benefício condiciona-se à legislação vigente. Quando em vigor a Lei n.º 567, foi legítima a concessão da vantagem aos que satisfaziam os termos dessa lei, embora não se ajustassem às regras mais restritas da Lei n.º 194 e do Decreto regulamentador n.º 9.734. Mas, revigoradas essas regras, por elas devem pautar-se as novas concessões de gratificação, como também por elas devem ser revistos os casos das gratificações concedidas pela lei revogada. A simples obtenção

do benefício durante a vigência da Lei n.º 567 não assegura a continuidade, só admissível em dois casos: primeiro, quando o servidor também se ajusta às condições restabelecidas da Lei n.º 194; segundo, quando, pelo decurso do tempo, a gratificação ficou incorporada ao vencimentos ou remuneração do servidor, nos termos do art. 140, item VI, § 2.º, do vigente Estatuto.

Assim, todo o problema é puramente de ordem técnica e administrativa, com a conceituação do que seja trabalho direto e sistemático com raios-X ou substâncias radioativas, diferenciando-se de trabalho com os mesmos elementos perigosos em simples função acessória. Essa conceituação incumbe à Comissão consultante, que, depois de estabelecê-la de modo geral, a aplicará no exame de cada caso, tendo em vista as claras e nítidas condições estabelecidas pela legislação em vigor”.

A aplicação do critério que formulamos e que mereceu o acolhimento da Administração deu motivo à nova consulta, constante do presente processo. Essa consulta, muito bem enunciada pela competente e judiciosa Diretora do Departamento do Pessoal, articula-se em 5 itens. O primeiro contém a seguinte indagação :

“Aquêles que tiveram, por ato administrativo, incorporada a gratificação que lhes vinha sendo indevidamente paga, terão anulada a incorporação já efetivada? Se mantidas, poderão ser atualizadas quando ocorrer majoração de vencimentos?”

Entendemos que, se a gratificação foi paga indevidamente, com flagrante infringência da lei, a sua incorporação aos vencimentos não pode prevalecer, podendo a Administração anular o ato concessório.

A propósito, é clara e inofismável a lição dos Mestres. Em conceito admirável pela concisão e limpidez, já dizia PEDRO LESSA, cuja eminência na nossa vida jurídica seria supérfluo ressaltar :

“Não há disposição de lei nem princípio de direito que vede à administração a reforma ou a cassação dos seus atos ilegais, visto como de ato ilegal nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais êle se realizou”.

Outra culminância do nosso saber jurídico, o Min. OROSIMBO NONATO, assim pontificou, em julgamento do Supremo Tribunal :

“Em princípio, os atos administrativos, particularmente aquêles de que resulta uma situação individual, não podem ser revogados pela Administração. Quando, porém, o ato adminis-

trativo está eivado de nulidade ou de ilegitimidade, a questão assume outro aspecto. Nessa hipótese, é conveniente admitir que à própria Administração cabe rescindir as suas decisões” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 1, fasc. I, pág. 174).

Também os tratadistas de Direito Administrativo assim o entendem, de TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI a SEABRA FAGUNDES, para só citar os que mais se salientaram no estudo dessa matéria. É do último o ensinamento que abaixo transcrevemos :

“Não só pela revogação pode a Administração Pública desfazer os atos administrativos. Também o pode pelo anulamento, quando se trate de atos praticados com violação da lei. O anulamento consiste na invalidação do ato administrativo por ilegitimidade” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 2, fasc. II, pág. 483).

Realmente, como frisa TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI no seu *Curso de Direito Administrativo* (pág. 58), a validade do ato administrativo pressupõe a sua conformidade à lei. De onde se conclui que, faltando esta, aquela também deixa de existir.

É de observar-se, a propósito, que a anulação do ato pode efetivar-se com o torná-lo sem efeito, pouco importando o emprêgo dessa outra fórmula pela Administração. Assim nos esclarece SEABRA FAGUNDES :

“Quando, constatada a ilegalidade manifesta de um ato, a autoridade o declara sem efeito, outra coisa não faz que anulá-lo como o faria o Poder Judiciário se ajuizada a matéria” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 2, fasc. II, pág. 485).

No caso em exame, temos de reconhecer que o pagamento indevido foi feito por culpa exclusiva da Administração, que descumpriu — por inércia e negligência — as prescrições legais, deixando de atualizar as relações dos servidores com direito à gratificação e conservando nessas relações anuais aquêles que, alterada a legislação, já não faziam jus ao benefício. É de admitir-se a boa-fé dos que o auferiram, presumindo ser legítima a sua percepção, como também a sua incorporação nos têmos estatutários. Todavia, verificada a ilegitimidade, não há como conservar-se aquela incorporação, pois acarretaria a permanência de um pagamento sem apoio legal e, portanto, já suspenso quanto aos que não tiveram tempo de incorporá-lo. O maior decurso no recebimento da gratificação indevida não a convalesce, não lhe dá amparo jurídico. O ato administrativo da incorporação peca pela base e, assim, deve ser anulado, não obstante as amargas repercussões financeiras para os que o julgaram lícito e definitivo.

A anulação, porém, deve ser condicionada a estudo rigoroso, seguro e minudente em cada caso, só sendo a mesma anulação justificável ante a evidência de que o servidor não fizera jus ao benefício. A comprovação *de fato* deve ser plena e insofismável, de vez que o de presumir-se não é o *erro*, mas o *acerto* da Administração quando incluiu e manteve na relação dos beneficiados o servidor. Fazemos essa advertência por três motivos igualmente ponderáveis: 1.º) a anulação de um ato administrativo deve revestir-se da maior cautela, só se justificando quando a sua ilegalidade fôr de tal modo patente que desfazê-lo seja um imperativo a que tenham de ficar subordinadas as razões de permanência e coerência que devem nortear os despachos da Administração; 2.º) a anulação acarretará, como já dissemos, repercussões financeiras no apertado orçamento de servidores que, por êrro da Administração, foram levados a crer na licitude de uma vantagem acrescida ao seu vencimento; 3.º) *last but not least*, sem ficar evidenciado acima de qualquer dúvida a ilegitimidade da incorporação, não poderia ser garantido o êxito do Estado em ações judiciais que viessem a ser propostas por servidores atingidos pela anulação das incorporações em tela.

Mas, em havendo verificação plena de que foi paga indevidamente a gratificação, temos de concluir que deve ser anulada a incorporação decorrente daquela percepção sem base legal.

O segundo item da consulta é o seguinte :

“Aquêles que perceberam durante mais de dez anos, ainda que indevidamente, mas de acôrdo com o que vinha sendo observado pela Administração, poderão ter incorporada essa gratificação?”

Em face das razões que expendemos a propósito da primeira indagação, a resposta só poderá ser negativa, como é evidente.

Focalizando uma só questão, embora sob dois aspectos, pergunta-se no terceiro e quarto itens da consulta :

“Nos dois casos acima, se anulada a concessão, deverá ser reposta a quantia recebida indevidamente?”

Aquêles que receberam indevidamente e já tiveram revista a concessão anterior, deverão repor o percebido indevidamente?”

Não há dúvida de que, mesmo nas circunstâncias especiais da hipótese em aprêço, poderia a Administração providenciar para que lhe fôsem devolvidas, com descontos em fôlha, as quantias percebidas pelos servidores por uma gratificação a que realmente não fizeram jus nos têrmos da lei. A respeito, é oportuno citar ainda recente decisão do Supremo Tribunal Federal cuja ementa abaixo transcrevemos :

“O recebimento indevido está sempre sujeito à restituição, e a circunstância de ter sido autorizado pela Justiça não lhe tira êsse caráter, embora o revista de boa-fé” (D.J. de 30-8-1963, pág. 2.809).

Não parece, entretanto, que tal cobrança seja um imperativo a que tenha de obedecer necessariamente a Administração, sem levar em conta o próprio interêsse público, o qual pode aconselhar, ou mesmo reclamar, que não se exija a reposição.

No caso em exame, logo se afigura como seria cruel e angustiante a exigência de restituição para servidores que presumiam ser legítima a percentagem sôbre os vencimentos, conferida pelo Administrador por iniciativa própria, anos e anos a fio, mantendo-os nas relações previstas para o gôzo do benefício. Por certo, de acôrdo com essa presunção razoável foram ajustados orçamentos mensais de muitos chefes de família, dando-lhes desafôgo pecuniário ou, pelo menos, atenuando-lhes as restrições. Enquanto nenhuma dúvida foi levantada pela Administração quanto a êsse pagamento que se reiterava mês a mês, nenhum motivo de prudência havia a sugerir que fôsem guardadas, para a hipótese de devolução, as somas recebidas. Ora, ao verificar-se não ter fundamento legal a gratificação, os servidores atingidos por êsse tardio despertar da Administração já se viram diante de um rude golpe financeiro: a perda, juridicamente inevitável, de uma vantagem ponderável que se acrescia aos seus vencimentos. Só daí resulta para êles uma situação penosa, mas que se impõe, de vez que seria inadmissível a continuidade de um pagamento que afinal se reconhece como ilegítimo. Quanto aos efeitos presentes e futuros da suspensão do benefício, não nos parece possível haver tolerância ou condescendência. Mas, por outro lado, fazer a suspensão retroagir para alcançar as quantias já pagas não nos parece que corresponda ao interêsse público, mesmo se nos abstermos de considerar os aspectos humanos, familiares e sociais que o caso envolve. Ainda que só tenhamos em conta êsses aspectos nos seus reflexos sôbre a eficiência do serviço administrativo, a reposição em tela não se apresenta como vantajosa. E por evidentes razões.

Com efeito, o ressarcimento financeiro que obteria o erário estadual não seria de vulto a compensar o prejuízo resultante para a própria Administração das más condições psíquicas em que passariam a trabalhar os servidores que tivessem de sofrer descontos nos seus vencimento, além da perda da gratificação. Isso, em época de alucinante ascensão dos preços. Com redução em seus já insuficientes ganhos, a cabeça perturbada pelas crescentes contas a pagar quando estariam diminuídos os seus orçamentos mensais, em luta com dificuldades que não poderiam prever, além das que estão no alito cálculo dos funcionários em geral, como poderiam tais servidores ter nervos sossegados, atenção alerta, raciocínio claro, resistência física e mental para o bom desempenho de suas atribuições? Em consequência, o interêsse público, tão profundamente ligado à eficácia da máquina administrativa em todos os seus setores, seria tão sacrificado como os próprios servidores.

Mas... poderia a Administração, juridicamente, abster-se de promover a restituição em tela? Creemos que sim, alicerçados em opiniões de peso. Diz, por exemplo, SEABRA FAGUNDES :

“A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, em vista de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos”. (O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, pág. 62)”.

Depois de lembrar a observação de PLANIOL e RIPERT, de que “se a invalidez do ato jurídico, como sanção à infringência da lei, importa em conseqüências mais nocivas que as decorrentes da sua validade, é o caso de deixá-lo subsistir”, pondera o autorizado mestre brasileiro: “Uma vez constatado o vício, deixa de operar efeitos. Mas os efeitos pretéritos, ou alguns, *subsistem*” (ob. cit., pág. 71).

Eis porque entendemos ficar ao critério da Administração, apreciando o interesse público envolvido na hipótese, exigir ou não a restituição das gratificações indevidamente pagas, mas recebidas com boa-fé, na presunção da sua legitimidade.

O quinto item da consulta está assim expresso :

“Os servidores que vinham percebendo, indevidamente, a gratificação de raios-X, mas satisfaziam as condições previstas no art. 33 da Lei n.º 826, de 1955, poderão ter retificada a concessão, para os termos dêsse diploma legal?”

Entendemos que a resposta deve ser afirmativa. Partiu da Administração o erro de atribuir a tais servidores vantagem que legalmente não lhes cabia; de tal erro foi que resultou não serem os mesmos incluídos entre os beneficiados pela gratificação a que faziam jus, pois que não poderiam acumular as duas. Sem a retificação que se alvitra na consulta, seriam os servidores em causa prejudicados por um desacerto que não foi deles, mas da própria Administração.

Por fim, é solicitada a audiência da Procuradoria sobre a seguinte proposição :

“A atualização das gratificações legalmente concedidas é condicionada à permanência em função prevista nas leis concessoas do benefício ou se processaria automaticamente?”

Sobre o assunto, a própria Diretoria do Departamento do Pessoal, com a justeza habitual de suas ponderações, observa: “ocorre que, sendo a

gratificação proporcional aos vencimentos, quer nos parecer que a elevação dêste importa na atualização automática da gratificação incorporada. A exigência da continuidade no exercício da função iria importar em restrição não prevista na lei”.

Concordamos plenamente com esse entendimento, pelas razões que de forma tão concisa mas tão cristalina foram expostas no trecho acima transcrito. A atualização automática da gratificação impõe-se como decorrência jurídica da elevação dos vencimentos, não havendo por que condicioná-la à permanência no exercício da função motivadora da vantagem.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 20 de março de 1964.

GENOLINO AMADO
Procurador do Estado

Visto. A consulta engloba, a rigor, duas questões principais :

1.^a) se deve ser anulado o ato concessivo da gratificação de raios-X que vinha sendo indevidamente paga, mas que, não obstante, foi (ou será) incorporada aos vencimentos do servidor (itens 1 e 2 da consulta).

2.^a) se, anulado o ato concessivo, deverão ser restituídas as quantias indevidamente recebidas (itens 3 e 4 da consulta).

1. Quanto à primeira questão — *cassação de ato concessivo de vantagem indevida* — adoto os argumentos e as conclusões do parecer. Se a gratificação foi paga indevidamente, a sua incorporação aos vencimentos não pode prevalecer por insubsistente o ato que a autorizou. Reconhece-se que o pagamento é indevido porque resultante de ato baixado contra a lei. Se assim ocorre, o ato é nulo, é inoperante, não tem a mínima valia.

Resta à Administração, ante o vício insanável, simplesmente cassar o ato. A fundamentação do parecer é segura e dispensa acréscimos. Ao ensejo da anulação, dever-se-á proceder com as cautelas aconselhadas no parecer (resposta ao item I da consulta). Se, de um lado, devem ser eliminadas as situações ilegítimas, de outro, é necessário não se incorra na prática de injustiças.

2. Quanto ao segundo aspecto da consulta — *restituição de quantias recebidas indevidamente*, — não resta a menor dúvida que, a rigor, a reposição, em princípio, seria a providência cabível. A esta altura, porém, a conduta da Administração, ante as conseqüências do seu próprio erro, deverá consistir unicamente em retificar o engano, em que incorreu, suspendendo imediatamente o pagamento da vantagem aos que a ela não fazem jus, mas sem cogitar de ressarcimentos ou restituições. Poder-se-ia argumentar, é certo, que o ato concessivo da vantagem, nulo de pleno direito, nenhum efeito teria operado, sendo lícito à Administração, em conseqüência, ressarcir-se dos prejuízos dêle advindos. Estar-se-ia ante o anulamento de ato administrativo, de efeitos retrooperantes indiscutíveis (*ex tunc*). Esta, sem dúvida, a regra fundamental a ser obedecida, em princípio. Na hipótese, todavia, o erro é atribuível à Administração, direta responsável pela concessão da vantagem e de sua manutenção indevida por tempo prolongado ou não. Se os órgãos administrativos competentes, ao ensejo

da verificação de cada caso concreto, houvessem atentado para o atendimento dos requisitos legais, os pagamentos indevidos não teriam ocorrido. Diga-se que o regulamento estabeleceu critérios rígidos para a concessão do benefício. A Administração ficou unilateralmente responsável pela concessão da vantagem, a ser deferida somente após a verificação do atendimento de pressupostos que só a ela caberia examinar e aceitar. Outorgou-lhe a lei, além do mais, poderes para exames periódicos das relações de beneficiários, isso com o objetivo de acautelar o erário. Encontrava-se a Administração, dêste modo, armada de recursos idôneos para evitar burlas ao critério legal impôsto, somente autorizando a concessão da vantagem àqueles que realmente a merecessem. Assim, porém, não o fez. Quando revigorado o critério rígido advindo com a Lei n.º 856 (art. 30), era dever da Administração proceder à revisão imediata das listas de beneficiários, de modo a restringir a vantagem somente àqueles que atendessem às novas condições. Inertes, todavia, permaneceram os órgãos competentes, tolerando que o benefício continuasse a ser pago até mesmo a servidores excluídos do critério legal restaurado. A conseqüência dessa inércia é o quadro de irregularidades existente, pelo qual os servidores beneficiados não são responsáveis.

Certo seria que, proclamada a nulidade do ato, o Estado se ressarcisse dos pagamentos acaso feitos com base no ato insubsistente. Os repositórios da jurisprudência são repletos de julgados consagradores dêsse entendimento. São freqüentes as hipóteses em que servidores beneficiados por decisão judicial se vêem obrigados à reposição de quantias, quando reformado o julgado que, só momentaneamente, lhes fôra favorável. O parecer dá ressalte a êsse critério, transcrevendo, até mesmo, aresto da Suprema Corte. E nem de outra forma se compreenderia ocorresse. Do contrário, subsistiriam os efeitos da sentença anulada, cassada, reformada, quando outra, de maior hierarquia, proferida no mesmo pleito, concluíra pela improcedência da decisão de primeira instância. Aquêlo que aceita as vantagens da execução provisória, correrá, sempre, o risco de restituí-las, pois "sentença sujeita a recurso anulatório contra o seu *mérito* não pode furtar-se aos efeitos da sua reforma". Se o beneficiário da execução provisória é o servidor público, a reposição das quantias recebidas, e já não devidas, pela reforma do julgado, deverá ser reclamada pelo órgão interessado, que a ela, irrecusavelmente, tem direito.

Outro, no entanto, deverá ser o comportamento da Administração, quando o pagamento indevido decorre de erro seu. Sendo o erro da Administração, ao servidor beneficiado pelo ato ilegítimo não deverá exigir-se a restituição de quantias recebidas de boa-fé e correspondentes à contra-prestação de serviços que se presumiam amparados por lei. A reparação que se impõe deverá consistir unicamente na cassação do ato e supressão de tôda e qualquer vantagem. Seria injusto e demasiado, exigir-se, em tais hipóteses, reposição de parcelas, cujo pagamento decorreu de ato insubsistente, é certo, mas para o qual em nada contribuiu o servidor, vez que o erro fôra de outrem.

Atentando-se para a legislação vigente, peculiar à concessão da gratificação de raios-X, ver-se-á que é da responsabilidade exclusiva do órgão

competente da Administração a verificação dos requisitos que autorizam o reconhecimento do benefício. Cabe-lhe examinar se ocorre a *prestação sistemática* do serviço; compete-lhe organizar as listas dos beneficiários; é do seu dever, ainda, na forma do regulamento, proceder revisão periódica na relação dos beneficiados, para verificação da subsistência dos requisitos da lei, e portanto da própria lisura do benefício em momentos diferentes. A responsabilidade por equívocos ocorridos na concessão da vantagem jamais poderá ser atribuída a outrem.

É o meu entendimento.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 1964.

EUGÊNIO DE VASCONCELLOS SIGAUD
Procurador-Geral do Estado

2.º PARECER

Pelo processo n.º 1.043.104, de 1963, esta Procuradoria Geral opinou em consulta formulada pelo Departamento do Pessoal com referência a vários problemas relativos às gratificações por risco de vida ou saúde, constando entre as indagações formuladas aquela referente à admissibilidade da atualização da citada vantagem quando incorporada, à medida que os vencimentos se alterarem, mesmo que o servidor não mais esteja sujeito ao contágio.

O Procurador que então funcionou no feito, Dr. GENOLINO AMADO, opinou conclusivamente a respeito, dando pela licitude da atualização, entendimento que afinava com o do Departamento do Pessoal exposto no Ofício-consulta.

Dito parecer foi, de fato, aprovado por mim sem restrições, embora no *visto* tivessem sido examinadas, com minúcias, duas das principais questões suscitadas. Todavia, como não mencionei expressamente a matéria relativa à atualização das mencionadas gratificações incorporadas, houve por bem Vossa Excelência, movido por louvável escrúpulo, submeter a questão novamente a esta Procuradoria Geral. Argúi ainda Vossa Excelência que um dos beneficiários de tal critério, exatamente o peticionário no presente processo — servidor Eurico Nascimento Filho — teria requerido mandado de segurança para obter aquêlo favor, não logrando êxito.

No que tange à existência de decisório judicial encampando tese diversa daquela contida no parecer, cabe salientar que se trata de decisão isolada, pois não consta a existência de outros julgados, nada impedindo que a Administração reveja o entendimento anterior (do qual resultou o pedido de segurança), o que aliás já ocorreu ao ser aprovado o referido parecer da Procuradoria Geral.

Mais ainda, o despacho prolatado contra o servidor em causa pelo antecessor de Vossa Excelência não se louvou em qualquer pronunciamento desta Procuradoria Geral, pois aquela autoridade decidiu por suas próprias razões, opondo-se, inclusive, às manifestações de ordem técnica expendidas pela Secretaria de Saúde.

Não vejo, portanto, motivos para não se adotar a linha de raciocínio

do parecer GENOLINO AMADO, que agora torno a ratificar, inclusive na parte referente à atualização das gratificações, critério com o qual, por antecipação, concordara o Departamento do Pessoal.

Ainda a propósito do assunto em debate, é bom salientar que o então Secretário de Administração, ao decidir como decidiu a questão, foi traído por autêntico daltonismo jurídico, pois na incorporação da vantagem, vale dizer, onde a lei quis garantir a continuidade da percepção do benefício, enxergou ele coisa diversa: que o propósito do Estatuto fôra o de imobilizar num *quantum* inalterável a vantagem incorporada.

Ora, nada mais injurídico. O que flui da inteligência do texto é que se quis premiar com a garantia do recebimento da gratificação — em igualdade de situação com os demais recebedores dela — os servidores que, por prazos prolongados (10 anos ininterruptos ou 15 interpolados) estiveram sujeitos ao risco ou ao contágio. Ao assim agir, o Poder Público não desnaturou a essência do benefício (continua êle a ser *gratificação por risco de vida ou saúde*); apenas quis que êles devesse ser pago, mesmo que o funcionário, temporária ou permanentemente, deixasse de correr os perigos resultantes da natureza do seu trabalho. E êsse pagamento há-de ser feito nas mesmas condições em que se processam os dos servidores que o recebem sem tê-lo incorporado: atualizado proporcionalmente ao vencimentos, no têrmo da lei. Imobilizar a gratificação no tempo, de modo a convertê-la em parcela fixa e insuscetível de correção, não representaria o prêmio da lei, não corresponderia ao que se quis conferir: o pagamento da gratificação, independentemente da exigência de o funcionário continuar sujeito ao perigo da contaminação. Seria até um modo de fraudar a concessão legal, por exigir que, apesar de premiado com a incorporação do benefício, tenha o servidor de voltar a trabalhar sob risco para que a Administração lhe pague a gratificação em igualdade com os que não lograram o prêmio de vê-la assegurada.

Convenha-se que o raciocínio levado assim às suas últimas conseqüências conduz a tal absurdo que indica, desde logo, o êrro manifesto em que incidiu o critério anterior.

Releva ponderar que constitui ponto pacífico, no que se refere às vantagens calculadas proporcionalmente sôbre os vencimentos, a sua atualização sempre que se modificarem aquêles. Era assim, até sua extinção, com os quinquênios, gratificações adicionais, etc., não havendo, pois, como se adotar princípio diverso e excludente apenas para com as gratificações por risco de vida ou saúde alinhadas nos itens V e VI do art. 140 do Estatuto.

Ainda que tenha o entendimento da inocuidade de tal gratificação na prática, o certo é que até sua extinção pelo estabelecimento de critério nôvo e mais verdadeiro do seguro contra o risco de vida — ela deve ser sempre calculada sôbre o nível atualizado do vencimento-base.

Rio de Janeiro, 7 de outubro de 1964.

EUGÊNIO DE VASCONCELLOS SIGAUD
Procurador-Geral do Estado

GRATIFICAÇÕES DE RISCO DE VIDA OU SAÚDE. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL PERTINENTE

Esta Procuradoria Geral examinou, no início do ano passado, consulta formulada pela Secretaria de Administração, referente a gratificações de risco de vida, concluindo — em parecer aprovado do Dr. GENOLINO AMADO — pela revisão de atos administrativos que, sem base legal, haviam deferido a incorporação daquela vantagem.

A Secretaria de Administração, todavia, ao dar cumprimento àquela recomendação, vislumbrou certas dificuldades, as quais, em síntese, seriam as seguintes :

1.º) A Lei n.º 14, de 1960, no seu art. 73, dispôs que as concessões de várias gratificações, inclusive a conferida pelo trabalho com raios-X, seriam fixadas em lei;

2.º) O Supremo Tribunal Federal, examinando a aplicabilidade do art. 78 da Lei federal n.º 3.780, de 1960 (preceito idêntico àquele da Lei n.º 14), deu como inadmissível a concessão de gratificações com base em regulamentação anterior;

3.º) Em conseqüência, e pelas mesmas razões contidas no aresto referido, não mais poderiam subsistir as concessões de gratificação de raios-X com fundamento na Lei n.º 567, de 1951.

Data venia, o problema não foi devidamente equacionado, pois aspectos importantes deixaram de ser referidos neste processo.

Em primeiro lugar, cabe pôr em relêvo a dissimelhança radical entre o tratamento legal dada pelo União e pela Guanabara à questão da outorga de gratificações pelo risco de vida e saúde.

Assim, verifica-se que o Estatuto dos Funcionários Federais (Lei n.º 1.711, de 1952), ao admitir a concessão do benefício, deixou implicitamente que o Executivo, por ato próprio seu, fixasse as condições de seu deferimento. Daí a regulamentação ordenada por via de decretos, do qual o primeiro foi o de n.º 33.652, de 28-8-1953.

Ora, muito outro, como se esclareceu, foi o sistema adotado na legislação local, que, inclusive, ao que se presume, serviu de modelo ao princípio da lei federal citada. Aqui, de longa data, o deferimento de tais gratificações sempre dependeu de lei.

Êsse ordenamento já se continha no primeiro Estatuto dos Funcionários que teve a então PDF (Decreto-lei n.º 3.770, de 28-10-1941), cujo art. 120 estabelecia :

“Art. 120 — A gratificação pelo exercício em determinadas zonas ou locais e pela execução de trabalhos de natureza especial, com risco da vida ou da saúde, *será determinada em lei*”.

O Estatuto vigente (Lei n.º 880, de 1956), reproduziu o preceito, dando-lhe até mais amplitude, pois dispôs que outras gratificações, além daquelas capituladas na lei antiga, seriam também conferidas por lei.

Ê que se contém no § 1.º do seu art. 140, *verbis* :