

Nota Técnica nº 14/2014 (Florianópolis, 28 de outubro de 2014)

Instrução Normativa INSS nº 74, de 2014. Instituição de norma interna de apuração e cobrança de valores devidos ao INSS, resultantes de ato omissivo ou comissivo de servidores da instituição, resultante em dano à autarquia. Ilegalidade. Lesão aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Afronta às normas legais e regulamentares que regem o Processo Administrativo Disciplinar no âmbito da administração federal direta, autárquica ou fundacional. Ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade. Sobreposição de normas regulamentares, em ferimento ao princípio da eficiência administrativa.

1. Introdução

A FENASPS – Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores da Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social, nos solicita a emissão de uma Nota Técnica, versando sobre a recente Instrução Normativa nº 74, expedida pelo Sr. Presidente do INSS e publicada no DOU de 6.10.2014.

Referida Instrução Normativa dispõe sobre o procedimento de apuração e cobrança de valores tidos por devidos ao INSS, decorrentes da prática de ato omissivo ou comissivo, praticado por servidor da instituição ou não, geradores de dano ao erário.

Interessa-nos, entretanto, apenas os dispositivos da referida IN que digam respeito aos agentes públicos, em particular os servidores da própria instituição, base de representação da FENASPS, de modo que daqui em diante as menções feitas à referida norma regulamentar terão por objetivo apenas estes aspectos, desconsiderando os demais.

2. Mérito

Conforme mencionado alhures, a Instrução Normativa em comento objetiva regular o modo como o INSS procederá à **apuração dos fatos** relacionados à pretensas irregularidades administrativas, praticadas por servidor da autarquia, geradoras de dano ao erário; à **identificação** do responsável pela prática destes atos; à **quantificação do dano**; e, a **reposição ao erário** dos valores tidos por indevidamente gastos pela autarquia.

Saliente-se, neste pormenor, que a Instrução Normativa em comento não se limita aos danos sofridos pela autarquia em relação aos benefícios previdenciários, de que é administradora, alcançando também quaisquer outros danos financeiros sentidos pela instituição, dentre os quais aqueles decorrentes do pagamento de parcelas remuneratórias posteriormente tidas por indevidas.

Tem-se, assim, um regulamento voltado à *apuração, identificação, quantificação do dano* e às providências de *ressarcimento ao erário*, de valores tidos por indevidamente pagos pela autarquia a segurados, de maneira geral, a título de benefícios previdenciários (*ex vi* dos artigos 40 a 49, da IN); ou a servidores da autarquia, a título de remuneração, provento ou pensão (*ex vi* dos artigos 50 a 53, da mesma IN).

Já dissemos antes, contudo, que o objeto desta Nota é a incidência da debatida IN apenas sobre a relação jurídica existente entre o INSS e os servidores da autarquia, razão pela qual não é nossa pretensão avançar para além deste limite.

Pois bem, colocadas estas balizas inaugurais, importa ter em mente que os problemas relacionados à reposição ao erário de danos eventualmente sentidos pela administração pública federal, não são novos, constituindo base de incidência de diversas normas legais e regulamentares, algumas delas especialmente editadas com este fim, de modo que não se trata aqui de questionar o evidente *interesse público* que encontra-se por detrás destas medidas.

Não se trata aqui, portanto, de simplesmente contestar, por interesses meramente corporativos, as medidas administrativas tendentes a coibir a prática de irregularidades funcionais ou a promover a reposição ao erário dos prejuízos resultantes destas irregularidades, de resto medidas que sempre contaram e contam com o apoio das entidades sindicais.

Trata-se, ao contrário, de afirmar que o *interesse público* que inequivocamente deve haver por detrás de medidas legais e regulamentares desta ordem, não pode prescindir do respeito a outras regras constitucionais e regulamentares igualmente indispensáveis à preservação do Estado Democrático de Direito, e que por isso mesmo também se revestem de inequívoco *interesse público*, cabendo ao legislador (ou à autoridade dotada de poder regulamentar) a elaboração de dispositivos capazes de promover a necessária e indispensável conciliação entre estes nobres objetivos.

Ora, sabendo-se que no caso em apreço a pretendida *reposição ao erário* constitui medida que invade o patrimônio jurídico dos servidores públicos aos quais vier a ser imputada a responsabilidade pela conduta geradora de dano ao erário, parece inequívoco que tudo quanto diga respeito à tais providências haverá de respeitar as garantias constitucionais que resultam do disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, senão vejamos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifamos)

Demais disso, tratando-se de *atividade administrativa*, não há dúvidas de que esta encontra-se inteiramente subordinada aos princípios constitucionais de maneira geral, que o renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹, assim conceitua:

“Princípio - já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativa, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” (destacamos)

Na mesma direção segue Karl Larenz², para quem:

“O princípio (...) deve ser entendido com uma pauta “aberta” carecida de concretização e só plenamente apreensível nas suas concretizações.”

Também Augusto Gordillo, lecionando sobre o assunto, aduz:

“La norma es limite; el principio es limite y contenido. La norma dá a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico; de valoración, de espíritu.”

No caso brasileiro, alguns destes princípios encontram-se expressos na Carta da República, como sabem ser os da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *publicidade* e da *eficiência administrativa*, consoante se extrai do seu art. 37, *caput*, assim redigido:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Outros há, todavia, que constam da Constituição Federal de forma implícita - resultantes que são dos princípios expressos ou de outros dispositivos constitucionais -, mas que nem por isso constituem orientação de menor poder de ingerência sobre a atividade administrativa, como podem ser citados os princípios da *proporcionalidade*, da *razoabilidade* e da *segurança jurídica*.

¹ Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, São Paulo, 11^a. ed., pág. 807;

² Metodologia da Ciência do Direito, Ed. Lisboa, 5^a ed., pág. 200;

Assim é que qualquer iniciativa governamental no sentido de impor sanção a servidor público - ainda que calcada no inequívoco *interesse público* em ver restituídos ao erário valores que hajam sido indevidamente pagos em decorrência de ato comissivo ou omissivo destes servidores -, há de necessariamente respeitar os princípios que regem a administração pública, de um lado, ao tempo em que deve submissão também às garantias constitucionais do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa*.

Para tanto é que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dedicou todo o seu “Título IV” a dispor sobre o chamado “Regime Disciplinar” aplicável aos servidores federais, definindo deveres, proibições, responsabilidades e penalidades a eles aplicáveis, destacando-se os artigos 121, 122, 124, 125 e 126, assim redigidos, respectivamente:

“Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.”

“Art. 122. A responsabilidade civil **decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário** ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário **somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.**” (destacamos)

“Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.”

“Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.”

“Art. 126. **A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.**” (grifamos)

A mesma norma legal, por outro lado, tratou também de disciplinar, no “Título V”, o funcionamento do “Processo Administrativo Disciplinar”, interessando-nos os seguintes dispositivos:

“Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

“Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.”

“Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.”

“Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.”

“Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.”

“Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

§ 1º A Comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.

§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.”

Já em 29 de janeiro de 1999 era sancionada a Lei nº 9.784, que vinha disciplinar o processo administrativo no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, dela constando os seguintes dispositivos de interesse:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.”

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

Cabe ter em conta, demais disso, que naquelas situações em que da conduta comissiva ou omissiva de servidor público (seja por dolo ou culpa), resultar perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da administração pública, incidirão os dispositivos contidos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que trata também da reposição ao erário dos prejuízos causados, neste caso destacando-se os seguintes dispositivos:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:”

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário **qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial**, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...)

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;”

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

“Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e,

em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.”

Por fim, quando a conduta administrativa tida por irregular houver ocasionado o pagamento de valores indevidos a servidores públicos ativos, aposentados ou pensionistas, mediante comando realizado em folha de pagamento, a eventual reposição ao erário observará, adicionalmente, o que dispõe a Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 5, de 21 de fevereiro de 2013, da qual se extraem os seguintes dispositivos:

“Art. 1º Estabelecer os procedimentos a serem adotados, pelos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal - SIPEC, para a reposição ao Erário de valores recebidos indevidamente por servidores, aposentados e beneficiários de pensão civil.”

“Art. 2º Deverá ser instaurado processo administrativo, de ofício ou por iniciativa do interessado, sempre que houver indícios de pagamento indevido de valores por meio do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE, aos servidores, aposentados e beneficiários de pensão civil.”

“Art. 4º O dirigente de recursos humanos deverá elaborar nota técnica, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que evidenciem o pagamento indevido de parcelas remuneratórias ou indenizatórias, bem como o demonstrativo dos valores a serem ressarcidos ao Erário.”

“Art. 5º Após elaboração da nota técnica, caberá ao dirigente de recursos humanos instaurar o processo administrativo de que trata o art. 2º.”

“Art. 6º O servidor, aposentado ou beneficiário de pensão civil deverá ser notificado, na forma da Seção II deste Capítulo, e terá o prazo de quinze dias consecutivos, contados de sua ciência, para apresentar manifestação escrita.”

“Art. 7º Transcorrido o prazo de quinze dias, com ou sem a manifestação do interessado, o dirigente de recursos humanos deverá emitir decisão, devidamente fundamentada, nos autos do processo, e dar ciência ao interessado, concedendo-lhe o prazo de dez dias para recorrer, nos termos do art. 10 desta Orientação Normativa.”

“Art. 8º Não havendo interposição de recurso ou exauridas as instâncias recursais, o dirigente de recursos humanos notificará o interessado para que seja efetuada a reposição do valor apurado no prazo máximo de trinta dias, mediante Guia de Recolhimento à União - GRU, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Parágrafo único. As reposições poderão ser parceladas, a pedido do interessado, por intermédio de desconto em folha de pagamento.”

Veja-se, em relação à Orientação Normativa comentada acima, que sua edição é de responsabilidade da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão que detém o poder normativo interno em matéria afeta as regras aplicáveis aos servidores públicos, de modo que tal ato regulamentar vincula todos os órgãos e entidades da administração federal, dentre os quais – inequivocamente -, também o INSS.

Como se vê, encontram-se em pleno vigor diversas normas legais e regulamentares voltadas a disciplinar e controlar o exercício das atividades funcionais

por parte de servidores públicos, estabelecendo não só as regras atinentes ao processo administrativo de **apuração** de eventuais irregularidades funcionais ou descumprimento de dever funcional, com a respectiva **identificação** do responsável, mas também as voltadas à **quantificação do dano** sentido pelo erário em razão desta prática irregular, e a **reposição ao erário** dos valores tidos por indevidamente gastos pela administração.

Vejamos, então, o publico alvo da comentada IN nº 74, de 2014:

“Art. 2º Os dirigentes dos órgãos de assistência direta e imediata ao Presidente, dos Órgãos Seccionais e Órgãos Específicos Singulares, e os dirigentes de unidades e órgãos descentralizados, sempre que tiverem conhecimento de ato omissivo ou comissivo, de agente público ou de terceiro, que resulte dano ao INSS devem adotar as providências cabíveis com vistas à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e obtenção do ressarcimento ao erário.

(...)

Art. 4º Constatados indícios da prática de ato omissivo ou comissivo, de agente público ou de terceiro, que resulte dano ao erário, será instaurado processo administrativo de apuração e cobrança pela autoridade competente, assegurados a ampla defesa e o contraditório.

(...)

Art. 7º É passível de responsabilização para fins de ressarcimento ao erário aquele que, por ação ou omissão voluntária, dolosa ou culposa, violar direito ou causar dano ao INSS, seja agente público ou não.

(...)

Art. 20. Os procedimentos de apuração relativos à área de Benefícios obedecerão ao que consta da IN que dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do INSS, sem prejuízo do disposto dos Capítulos II e III desta IN.

(...)

Art. 40. O Monitoramento Operacional de Benefícios - MOB, por intermédio dos servidores designados por portaria emitida pelo Gerente-Executivo, depois de constatado dano ao erário por meio de decisão administrativa definitiva do processo de apuração, deverá formalizar o Processo Administrativo de Cobrança.

(...)

Art. 50. Findo o procedimento previsto nos Capítulos II e III, no que couber, o débito devidamente apurado será previamente comunicado ao servidor ativo, ao aposentado, ao pensionista, ao estudante em estágio e ao contratado por tempo determinado, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parcelado, a pedido do interessado.”

Com efeito, os dispositivos regulamentares acima deixam patente que a IN nº 74, de 2014, objetiva regular a forma de **apuração dos fatos** praticados por servidores da autarquia, seja por ação ou omissão, dos quais haja decorrido **dano ao erário**; promover a **identificação** do responsável pela prática destes atos; a **quantificação deste dano**; e as providências de **reposição ao erário** dos valores tidos por indevidamente gastos pela autarquia.

Logo, fica evidente que ao menos naquilo que respeita aos servidores públicos, o Sr. Presidente do INSS **exacerba do seu poder regulamentar**, editando norma que invade competência privativa da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão que detém o *poder normativo interno* em matéria de servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

Veja-se, nesta direção, os seguintes dispositivos contidos na comentada IN nº 74, de 2014:

“Art. 4º Constatados indícios da prática de ato omissivo ou comissivo, de agente público ou de terceiro, que resulte dano ao erário, será instaurado processo administrativo de apuração e cobrança pela autoridade competente, assegurados a ampla defesa e o contraditório.

Parágrafo único. O processo administrativo de apuração e cobrança será formalizado por um servidor ou equipe designada para este fim.”

“Art. 7º É passível de responsabilização para fins de ressarcimento ao erário aquele que, por ação ou omissão voluntária, dolosa ou culposa, violar direito ou causar dano ao INSS, seja agente público ou não.

(...)

§ 2º Verificada a ocorrência de dano ao erário, **a cobrança administrativa terá seguimento ainda que:**

I - não iniciada **ou encerrada** qualquer apuração administrativa disciplinar, exceto quando não restar evidenciada na apuração do indício de irregularidade realizada pelas áreas respectivas, de forma conclusiva, a participação do servidor do INSS, devendo ser aguardado o encerramento do procedimento de investigação funcional para eventual prosseguimento; e

II - reconhecida a prescrição da penalidade disciplinar.”

“Art. 18. Da decisão administrativa cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

(...)

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado de súmulas e atos normativos vinculantes, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade do entendimento vinculante, conforme o caso.”

Com efeito, se existem normas legais a disciplinar o *processo administrativo disciplinar* (Lei nº 8.112, de 1990) e o *processo administrativo* (Lei nº 9.784, de 1999), e se destas normas decorreram atos regulamentares editados por órgão que possui *poder normativo interno* nesta matéria, é evidente que ao Sr. Presidente do INSS restaria apenas a competência para edição de **atos complementares**, sempre respeitando as normas hierarquicamente superiores.

Ora, sabendo-se que o *processo administrativo disciplinar* é o nascedouro de qualquer apuração acerca da conduta funcional de servidor público e de aplicação da penalidade correspondente, e que para sua instauração é obrigatória a constituição de uma comissão composta por 3 (três) servidores, a teor do art. 148, da Lei nº 8.112, de 1990, mostra-se evidente a ilegalidade contida no art. 4º, da IN nº 74, de 2014, na medida em que esta permite que se dê a apuração de uma conduta funcional **por um servidor apenas**, situação que se agrava quando percebemos que o conteúdo do art. 7º, § 2º, I, da mesma norma regulamentar conduz à conclusão de que a cobrança da reposição ao erário se independentemente da instauração do correspondente processo administrativo disciplinar, e, **ainda que reconhecida a prescrição desta**.

Veja-se ainda, neste pormenor, que o referido art. 4º, *vis a vis* o conteúdo de outros dispositivos da mesma IN, deixa patente que o referido ato regulamentar objetiva regular a *apuração* de eventual **conduta funcional** da qual haja resultado dano ao erário, investigação esta que tem procedimento próprio, ditado pelo art. 143 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990, cujos dispositivos, em sua maioria, são solenemente desprezados pela IN em tela, como se ao INSS houvesse sido dado o direito de regular, no seu âmbito, um *processo administrativo disciplinar* diverso daquele previsto na citada norma legal.

Neste aspecto, o art. 18, § 3º, da referida IN é o corolário da arbitrariedade de que se reveste a norma, haja vista que promove o reconhecimento explícito de que esta pode estar em claro desacordo com *súmulas e atos normativos vinculantes*, atribuindo ao acusado o ônus da prova a este respeito, quando em verdade a autoridade que editou o ato deveria verificar – antecipadamente –, da sua perfeita adequação às normas legais e regulamentares que digam respeito à matéria ali tratada, delas não se podendo distanciar.

Vejam, agora, o que ditam os artigos 38 e 39, da debatida Instrução Normativa:

“Art. 38. Nos casos de conduta ilícita, comissiva ou omissiva, **os créditos não se sujeitam à decadência ou à prescrição**, podendo a apuração e a cobrança iniciar-se a qualquer tempo, recomendando-se o imediato prosseguimento.”

“Art. 39. Os demais créditos prescrevem em cinco anos, contados a partir da data do conhecimento do fato que der origem à pretensão.

§ 1º Na hipótese do caput a prescrição interrompida recomeça a correr pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo, sem prejuízo do prazo mínimo de cinco anos.”

Ora, é evidente que ao fixar normas relativas aos institutos da *prescrição* e da *decadência*, o Sr. Presidente do INSS mais uma vez **exacerba de suas competências legais**, neste caso invadindo esfera de competência do Congresso Nacional, a quem compete a aprovação de normas legais que digam respeito aos referidos institutos.

Demais disso, ao instituir a possibilidade da administração proceder a tais apurações *ad eternum*, sem qualquer prazo limite, o art. 38 da referida IN fere frontalmente o *princípio da segurança das relações jurídicas*, a impor que a atuação estatal se dê dentro de prazo máximo razoável, findo o qual a administração terá deixado decair seu direito de ação.

Veja-se, nesta direção, o que ditam os artigos 142, da Lei nº 8.112, de 1990, e 54, da

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.”

Em igual direção segue o art. 54, da Lei nº 9.784, de 1999, ao definir:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

E ainda o da Lei nº 8.429, de 1992, assim redigido:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

Por fim, ainda na direção da fixação de prazos para a adoção de providências administrativas de apuração de irregularidades funcionais, das quais decorra eventual obrigação do servidor público repor ao erário valores indevidamente percebidos, colhem-se os seguintes dispositivos contidos na Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 5, de 21 de fevereiro de 2013:

“Art. 3º O processo administrativo que vise à reposição de valores ao Erário será regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

(...)

§4º **Não estarão sujeitos à reposição ao Erário os valores recebidos de boa-fé** pelo servidor, aposentado ou beneficiário de pensão civil, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da administração pública.

§5º Na hipótese de dúvida quanto ao reconhecimento da boa fé alegada pelo interessado, ou a respeito da incidência dos institutos da prescrição ou decadência, o dirigente de recursos humanos poderá submeter o processo administrativo à análise do respectivo órgão de assessoramento jurídico.” (destacamos)

“Art. 9º A notificação para o processo de reposição ao erário, na forma do Anexo a esta Orientação Normativa, deverá conter:

(...)

V - a memória de cálculo descritiva dos valores **identificados como pagos indevidamente, por meio do SIAPE**, observada a prescrição quinquenal, quando for o caso;” (o grifo é nosso)

Não há dúvidas, assim, de que a atuação administrativa – mesmo quando voltada à apuração de irregularidades funcionais (por ação ou omissão), das quais haja decorrido lesão ao erário -, está sujeita aos prazos prescricionais ou decadenciais previstos em lei e regulamentos com força normativa, os quais encontram amparo no *princípio da segurança das relações jurídicas*.

Logo, na medida em que o art. 38, da IN nº 74, de 2014, pretende atribuir prazo indeterminado para a apuração de tais regularidades e para a adoção das providências de ressarcimento ao erário, mostra-se evidente sua ofensa à Constituição Federal e aos dispositivos legais e regulamentares de regência.

Por fim, e tendo em vista que a IN em comento se destina a regular também o ressarcimento ao erário de valores eventualmente percebidos, de forma indevida, por servidores do INSS, aí incluídos os pagamentos havidos por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE, mostra-se necessário dizer de suas contradições com a Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 5, de 21 de fevereiro de 2013, editada exatamente para regular reposições desta natureza, não sem antes afirmar que também aqui o Sr. Presidente do INSS **exacerba de suas competências regulamentares**.

Com efeito, assim define o art. 46, da Lei nº 8.112, de 1990:

“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.”

Já a comentada IN nº 74, de 2014, assim dispõe sobre o assunto:

“Art. 26. Os valores devidos à Previdência Social, durante a fase de cobrança administrativa, poderão ser objeto de acordo para pagamento parcelado em moeda corrente, observados os seguintes critérios:

I - quantidade máxima de parcelas: **até sessenta meses sucessivos**, nos termos do art. 244 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999;

II - valor mínimo das parcelas: R\$ 50,00 (cinquenta reais) para pessoa física e R\$ 200,00 (duzentos reais) para pessoa jurídica;

III - os valores de cada prestação mensal decorrentes de parcelamento **serão acrescidos, por ocasião do pagamento, de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC**, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês da concessão do parcelamento até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento relativamente ao mês do pagamento;

IV - não haverá pagamento do débito de forma parcelada com base em valor fixo para cada parcela mensal, **devendo sempre incidir o acréscimo de que trata o inciso III deste artigo;**” (os destaques são nossos)

Como se percebe, o regulamento que resulta da IN nº 74, de 2014, ao dispor sobre a possibilidade de parcelamento dos eventuais valores devidos pelo servidor público ao erário, inova o ordenamento jurídico, introduzindo pelo menos 2 (duas) exigências **não contidas** na norma legal de regência, quais sejam:

a) De que as parcelas serão acrescidas de juros equivalentes à Taxa SELIC (art. 26, III, da IN nº 74/2014); e,

b) De que o período máximo de parcelamento não poderá ultrapassar de 60 (sessenta) meses;

Com efeito, no tocante ao primeiro aspecto suscitado alhures (incidência de juros pela Taxa SELIC), temos que a simples leitura do suso transcrito § 3º, do art. 46, da Lei nº 8.112, de 1990, deixa evidenciado que o referido dispositivo legal **desafia a edição ato regulamentador**, a lhe dizer exatamente os critérios que devem ser utilizados pelo administrador para promover a atualização dos débitos ali tratados, de modo que, enquanto não editado semelhante ato, **descabe ao administrador promover esta atualização**, sob pena de, em o fazendo, praticar **escancarado desrespeito direto à Constituição Federal**, cujo art. 37, *caput*, expressamente define os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, dentre os quais refere claramente à *legalidade* como **pré-requisito indispensável à prática dos atos administrativos**, senão vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (grifamos)

Referido princípio – como sabemos todos -, quer significar que o exercício da atividade administrativa está condicionada à existência de lei, sendo defeso ao administrador agir por sua conta, ainda que para tanto venha a fazer uso da analogia.

Neste sentido era a brilhante cátedra do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles³. *in verbis*:

“A legalidade, como princípio da 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 à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

(...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, **na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim.”** (Os grifos são nossos)

Na mesma direção os ensinamentos de Diógenes Gasparini⁴, para quem:

“Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

(...)

Vale dizer: se **a lei não dispuser, não pode a Administração agir**, salvo em situações excepcionais.” (grifamos)

Também Alexandre de Moraes⁵, ao comentar acerca da *legalidade* como princípio basilar do Estado Democrático de Direito, afirma:

³ Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 22ª ed., São Paulo, 1990, pág 82;

⁴ Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 6ª ed., São Paulo, 2001, pág. 7;

⁵ Direito Constitucional Administrativo, 2ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2005, pág. 99;

“O tradicional princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa, pois o administrador público **somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva**, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (grifamos)

Resta evidente, então, que ao administrador **não é dada a atribuição de criar norma legal onde ela não existe**, nem tampouco apanhar normas legais não aplicáveis expressamente ao caso em exame, para delas extrair, por analogia, obrigação a ser atribuída ao administrado.

Neste sentido, aliás, cumpre trazer à colação as seguintes orientações, exaradas em **caráter normativo** pela então Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (hoje Secretaria de Gestão Pública), órgão que detém *poder normativo interno* no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC, no tocante à administração dos recursos humanos destas instituições, a começar pela Nota Informativa nº 224/COGES/DENPO/SRH/MP, de cujos itens 4, 5, 7 e 9 se extrai:

“4. Relativamente à consulta formulada pela COGRH/MF, cumpre-nos, preliminarmente, destacar que em que pesem os pronunciamentos exarados pela PGFN e pela CONJUR/MP, a competência normativa, como órgão central do SIPEC, acerca da matéria, é desta SRH/MP.

5. Ademais, cabe, ainda, aduzirmos que as manifestações dos órgãos de assessoramento jurídico, proferidas por meio de Pareceres, tem caráter meramente opinativo, não possuindo o condão de vincular as entidades ao seu cumprimento.

(...)

7. Contudo, para incidência da atualização monetária sobre tais valores, mister se faz que o assunto seja devidamente regulamentado, por norma legal específica, abarcando aos aspectos do pagamentos efetuados e a efetuar, dos créditos, bem como os índices de atualização a serem aplicados.

(...)

9. Em face de tal situação, até que a matéria seja regulamentada no âmbito da Administração Pública federal, por norma específica, de caráter geral, **esta SRH/MP entende que não deverão ser efetivados reconhecimentos individuais de incidência de atualização monetária, neste ou em outros casos concretos**, razão pela qual orienta-se no sentido de que os pagamentos de exercícios anteriores sejam promovidos sem a incidência de qualquer índice de correção monetária.” (grifamos)

Na mesma direção também já havia sido o despacho proferido pela mesma SRH/MPOG nos autos do Processo Administrativo nº 03111.0009546/2003-18, do qual se extrai as seguintes passagens:

“Neste sentido, cabe ao Governo expedir norma reguladora **para que todos os pagamentos e restituições ao erário possam ser atualizados** nos termos dos pareceres jurídicos expedidos sobre o tema, o que provavelmente ensejará a elaboração de cronogramas de pagamento, em consonância com as disponibilidades de pagamentos da administração pública.” (destacamos)

E em igual direção, por fim, a Nota Informativa nº 316/2010/COGES/DENOP/SRH/MP, de cujo item 8 se extrai:

“8. Quanto à incidência de correção monetária, cumpre esclarecer que esta COGES/DIPRO/SRH/MP já se pronunciou, anteriormente, por meio de despacho proferido nos autos do Processo nº 03111.0009546/2003-18, no qual consta o entendimento de que **o pagamento de correção monetária é devido, no entanto, para que isso seja possível, é necessário que a matéria seja regulamentada.**”
(grifo nosso)

Como se percebe, a orientação emanada do órgão com *poder normativo interno* em matéria atinente a servidores federais (como aqui se trata), é no sentido de que enquanto não regulamentado o disposto no art. 46, da Lei nº 8.112, de 1990, as eventuais reposições ao erário haverão de ser realizadas sem a incidência de juros ou mesmo correção monetária, o que implica dizer que eventual insistência administrativa em caminhar em sentido contrário implica não só em ofensa direta à Constituição Federal, mas também à Lei nº 9.784, de 1999, e às orientações exaradas pela SRH/MPOG (hoje SEGEP/MPOG), que por deter *poder normativo interno* em relação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC (dentre as quais o INSS), **vincula os gestores da instituição à sua fiel observância.**

Não é demais ressaltar, desta forma, que a persistir a instrução baixada pelo Sr. Presidente do INSS, Sua Senhoria estará **descumprindo dever funcional previsto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990**, incorrendo, ainda, **nas responsabilidades de que tratam os artigos 121 e 122, da mesma norma legal**, pelo que **estará sujeito às sanções de que tratam os artigos 129 e 130, também da Lei nº 8.112, de 1990.**

De outra parte, ao fixar o limite máximo de parcelas em 60 (sessenta) meses, a IN nº 74, de 2014, igualmente extrapola de sua competência, haja vista não só o fato de pretender regulamentar algo cujo *poder normativo* pertence a outro órgão público (a SEGEP/MPOG), mas também porque inviabiliza, em alguns casos, a própria reposição por este mecanismo, posto que a definição de limite temporal para o debatido ressarcimento importaria no demasiado aumento do valor descontado mensalmente do servidor, a incidir sobre verba de nítido caráter alimentar.

4. Conclusão

Conforme restou demonstrado alhures, ao pretender regulamentar matéria atinente à apuração de eventuais irregularidades funcionais praticadas por servidores públicos federais (seja por ação ou omissão), impondo-lhes a obrigação de restituir ao erário valores por eles indevidamente percebidos ou indevidamente comandados (por eles) em favor de terceiros, a Instrução Normativa nº 74, de 2014, invade o *poder normativo* deferido por lei à Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Por outro lado, ao pretender inovar no ordenamento jurídico, dispondo sobre regras de *decadência* e *prescrição*, em um dos casos até mesmo excluindo sua incidência *ad eternum*, a Instrução Normativa nº 74, de 2014, invade esfera de

competência do Congresso Nacional, mais uma vez tornando inválido o referido regramento.

Por fim, ao impor aos servidores a obrigação de reporem ao erário valores que hajam sido por eles eventualmente deferidos a terceiros, na mais absoluta boa-fé e no estrito cumprimento de seu dever funcional, sem que para tanto leve em consideração a necessária capacitação prévia destes servidores e até mesmo as condições mínimas e trabalho, a administração acaba por impor norma regulamentar que espanca os princípios constitucionais da *razoabilidade*, da *proporcionalidade*, e sobretudo da *eficiência administrativa*, até porque, doravante, a “mensagem” recebida por estes servidores é de que, frente a qualquer dúvida mínima que seja acerca da correção dos seus atos, **o melhor é não praticá-los**, em evidente prejuízo à população segurada do INSS, posto que, nesta hipótese, o dano seria sentido “apenas” por este segurado, e não pela instituição.

À vista do exposto, somos do entendimento de que a Instrução Normativa nº 74, de 2014, deve ter excluídos do seu conteúdo todos os dispositivos que digam respeito à **apuração** de eventuais irregularidades levadas a cabo por servidor público, seja por ação ou omissão, à **responsabilização** do servidor pela prática da aludida irregularidade, e à **reposição ao erário** dos valores tidos como indevidamente pagos pela administração, sob pena de configurar claro e inaceitável desrespeito à Constituição Federal, às leis que regem o assunto e aos regulamentos editados pelos órgãos públicos que detêm *poder normativo* para tanto.

É como opinamos. SMJ

De Florianópolis para Brasília, em 28 de outubro de 2014


Luís Fernando Silva – OAB/SC 9582
SLPG Advogados Associados