INSTRUÇÃO GGP/CON nº 002/2019

O Diretor do Centro de Orientação e Normas, do Grupo de Gestão de Pessoas, da Coordenadoria de Recursos Humanos, tendo em vista o Parecer Referencial NDP nº 02/2019, do Núcleo de Direito de Pessoal, da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, da Procuradoria Geral do Estado, expede a presente **INSTRUÇÃO** com a finalidade de orientar os órgãos subsetoriais de recursos humanos quanto aos procedimentos a serem adotados para os casos de dispensa de reposição ao erário.

1. Em regra, todo valor pago indevidamente pelo Estado deve ser restituído ao erário. Assim, a dispensa de reposição é exceção, pautada, basicamente nos seguintes critérios;

1.1. Boa-fé;

1.2. Natureza alimentar da verba;

1.3. Enriquecimento sem causa do Estado.

2. O critério da boa-fé:

2.1. Em qualquer caso de pedido de dispensa de reposição ao erário, é necessária a instauração de procedimento próprio destinado a apurar a boa-fé do interessado;

2.2. Para tanto, deve órgão interessado apurá-la no curso do procedimento de invalidação ou constituir comissão de apuração preliminar, nos termos do Comunicado UCRH nº 22/2017;

2.3. Em qualquer caso, os trabalhos devem ser conduzidos de acordo com os critérios estabelecidos no Parecer Referencial NDP nº 02/2019, buscando delimitar aquilo que foi denominado de "teste de reprovabilidade da conduta" que se pauta basicamente pela análise dos seguintes elementos:

2.3.1. A capacidade de culpabilidade do agente. Com esse elemento, deve-se à primeira vista verificar se o interessado tinha condições físicas e psíquicas de compreender a ilicitude do ato. É o momento de se atentar ao nível de escolaridade, a natureza das funções exercidas, às atribuições do cargo, ao valor da remuneração, idade, condição de saúde, etc. A análise desses elementos busca indicar se o interessado possuía condições de interpretar sua situação como irregular;

2.3.2. O conhecimento (real ou potencial) da ilicitude da conduta. Esse elemento destina-se a analisar se o interessado possuía ou deveria possuir conhecimento quanto à irregularidade da conduta. Ou seja, destina-se a avaliar a capacidade de conhecimento e de informação do interessado. Por exemplo, se o interessado ocupa um cargo de natureza técnica, este fato pode ser indicativo de que sabia ou deveria saber que o valor recebido era indevido o que, em tese, afasta a boa-fé;

2.3.3. A exigibilidade de conduta diversa. Com esse elemento busca-se analisar se o interessado poderia agir de outra forma. Relaciona-se, basicamente, aos casos de obediência hierárquica, caso fortuito ou força maior;

2.3.4. A confiança legítima na regularidade do direito exercido. Elemento destinado a averiguar se o interessado tem legitima confiança na regularidade do recebimento, como por exemplo, nos casos de alteração de critério jurídico pela administração; erro administrativo; invalidação de decisão administrativa; desconstituição de coisa julgada ou sentença confirmada em segundo grau;

2.3.5. A inexistência de contribuição do interessado para a situação de irregularidade. Elemento destinado a averiguar se o interessado de algum modo contribuiu para o recebimento indevido. Se o interessado levou a administração a erro prestando declarações falsas ou omitindo informações de forma intencional, há indicativos de que não agiu de boa-fé;

2.3.6. A existência de situações similares à do agente. A existência de um grande número de pessoas na mesma situação pode indicar boa-fé;

2.3.7. O decurso de longo período de tempo. Quando o interessado recebe determinada verba indevidamente por um longo período, sem que a administração tome as providências adequadas, cria-se uma legítima confiança de que a situação é regular podendo, portanto, ser indicativo de boa-fé.

2.4. Os critérios para aferição da boa-fé devem ser analisados de maneira conjunta sendo que alguns deles são classificados como predominantes e outros como indiciários da existência de boa-fé:

PARADIGMAS DA EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ

PREDOMINANTES	**INDICIÁRIOS**
(1) Incapacidade de culpabilidade; (2) Inexistência de conhecimento da ilicitude; (3) Existência de confiança legítima na	(1) Inexistência de contribuição do interessado; (2) Existência de situações

regularidade da conduta; (4) Inexigibilidade de conduta de diversa.	similares; (3) Longo decurso de tempo.

2.4.1. Os elementos ditos indiciários indicam, mas não provam a boa-fé devendo, portanto, ser analisados outros aspectos. Já os elementos ditos predominantes são fortes o suficiente para indicar a presença da boa-fé.

2.5. O mesmo raciocínio pode ser aplicado como paradigma para verificar a existência de má-fé;

PARADIGMAS DA EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ

PREDOMINANTES	**INDICIÁRIOS**
(1) Efetivo conhecimento da ilicitude; (2) Inexistência de confiança legítima na regularidade da conduta; (3) Contribuição do interessado para a irregularidade.	(1) Capacidade de culpabilidade; (2) Potencial conhecimento da ilicitude; (3) Exigibilidade de conduta diversa.

2.5.1. Os elementos ditos indiciários indicam, mas não provam a má-fé devendo, portanto, ser analisados outros aspectos. Já os elementos ditos predominante são fortes o suficiente para indicar a presença da má-fé.

2.6. Cessação da boa-fé. Em regra, a boa-fé cessa a partir do momento em que o interessado toma ciência de que a percepção de valores é indevida. A título de exemplo, verifica-se a cessação da boa-fé a partir das seguintes circunstâncias:

2.6.1. Data de instauração do procedimento de invalidação do ato que gerou o pagamento indevido, com a notificação regular do interessado;

2.6.2. Suspensão dos pagamentos, no curso do procedimento invalidatório;

2.6.3. Publicação da anulação do ato;

2.6.4. Reconhecimento expresso e inequívoco do interessado.

2.7. Conclusão. Conclui-se assim que, em qualquer processo de dispensa de reposição ao erário, deve ficar demonstrado no procedimento de averiguação pertinente que o interessado agiu de boa ou de má-fé, à luz dos critérios definidos no Parecer referencial NDP nº 02/2019. Caso a conclusão seja pela boa-fé, em tese, é viável a dispensa. Caso contrário, esta será indeferida.

Tópicos especiais:

3. O Despacho Normativo do Governador de 31.01.1986. Para a aplicação desse despacho é necessária à presença cumulativa dos seguintes requisitos: boa-fé e alteração do critério jurídico.

3.1. A boa-fé deve ser analisada conforme o teste de reprovabilidade já descrito nos itens antecedentes;

3.2. A alteração do critério jurídico configura-se nas seguintes situações:

3.2.1. Quando, sem qualquer orientação dominante da PGE, os órgãos administrativos alteram o critério por eles até então adotados;

3.2.2. Quando a PGE estabelece um critério contrário ao que vinha sendo adotado pelos órgãos administrativos;

3.2.3. Quando a PGE muda o entendimento que tinha com relação a determinado tema;

3.2.4. Quando os órgãos administrativos descumprem orientação da PGE e, após muito tempo, passam a cumpri-la.

4. Promoção indevida. Encontra fundamento no artigo 93 do Estatuto e é cabível quando o servidor é indevidamente promovido e a promoção, posteriormente, é declarada ineficaz. O servidor será dispensado de restituir os valores ao erário, salvo nas hipóteses de falsa declaração ou omissão intencional. A boa-fé deve, de igual modo, ser comprovada.

5. Adicional de insalubridade. Nas hipóteses de revisão do adicional de insalubridade, entende-se que configura a boa-fé a data compreendida entre a homologação do laudo e publicação do ato que cessa ou revisa o adicional.

5.1. Nos casos em que há erro na operacionalização do adicional deve-se analisar como vem expressa essa rubrica no holerite do servidor. Suponha que o adicional foi concedido no grau mínimo, ou seja, 10%, mas foi implantado no grau máximo de 40%. Se no holerite vier descrito o percentual, há indicativo de má-fé no recebimento, pois, o interessado sabe ou deveria saber que está recebendo um percentual maior do que aquele que lhe foi concedido e devidamente publicado. Ou seja, o servidor tem potencial conhecimento da ilicitude;

5.2. No caso de não vir descrito o percentual no holerite, indicando apenas o valor em reais, pode ficar configurada a boa-fé.

6. Erro administrativo e decisão administrativa reformada. Como os atos administrativos se presumem realizados de acordo com a lei, cria-se no interessado uma legítima expectativa na regularidade do recebimento. Desse modo, o erro administrativo, a interpretação errônea da lei e a decisão administrativa reformada, sinalizam a boa-fé do interessado. Contudo, há casos em que mesmo diante de erro da administração pode ficar evidenciada a má-fé, como por exemplo, se o erro for causado pelo próprio interessado, nos casos de manifesta ilegalidade ou quando o servidor contribuiu para o erro da administração omitindo informações ou prestando declarações falsas.

7. Decisões judiciais.

7.1. Revogação de tutela provisória em processo judicial. Conforme a tutela provisória é, por definição, uma decisão precária e que pode ser revista a qualquer tempo, o servidor deve restituir as quantias recebidas, pois sabia desta condição;

7.2. Sentença reformada em segundo grau. No caso de o servidor ter obtido uma decisão favorável em primeiro grau e esta vier a ser reformada em segunda instância, há igualmente o dever de reposição;

7.3. Decisão reformada nos Tribunais Superiores. Já nos casos em que a decisão somente vem a ser reformada nos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST), não haverá reposição, pois a dupla confirmação (primeira e segunda instância) gera legítima confiança;

7.4. Sentença rescindida. Também não haverá reposição quando a decisão transitada em julgado for rescindida em ação rescisória.

8. Afastamento eleitoral irregular. Nos casos de a irregularidade ter por base entendimentos das Consultorias Jurídicas, o interessado, em tese estará de boa-fé. Contudo, se o servidor já concorreu a eleições anteriores e, portanto, tem ciência das orientações já firmadas pelo TSE e pela Administração estadual, não estará de boa-fé, por ter potencial conhecimento da ilicitude.

9. Utilização de diploma ou certificado falso. A utilização de documentos falsos para tomar posse ou obter vantagem pecuniária, em tese, configura má-fé do interessado.

10. Acumulação de cargos. Com base no princípio da vedação do enriquecimento sem causa do Estado, nos casos de acúmulo irregular, ficando caracterizada a boa-fé e desde que o interessado tenha efetivamente desempenhado as atribuições em ambos os cargos, não terá de restituir os valores recebidos. Já nas situações em que em um dos vínculos o interessado não desempenhou efetivamente as suas funções, caracteriza-se uma má-fé implícita, o que denota a necessidade de restituição dos valores.

Aspectos procedimentais.

11. Prescrição. O prazo de prescrição das verbas é de 5 (cinco) anos, contados da data do recebimento indevido. Nos casos de atos dolosos de improbidade administrativa, não incide prazo prescricional, ou seja, os valores podem ser cobrados a qualquer tempo.

12. Procedimento de invalidação. Nos casos em que o recebimento indevido decorre de atos concessivos, é necessário instaurar o procedimento de invalidação a fim de anular os referidos atos, conforme determinam os artigos 61 e seguintes da Lei nº 10.177/1998. A boa-fé do interessado pode ser averiguada já no curso desse procedimento. Na hipótese de não ser averiguada no curso do procedimento de invalidação, a apuração deve ser feita em procedimento próprio, conforme o Comunicado UCRH nº 22/2017. No curso do procedimento de invalidação também é possível suspender preventivamente os pagamentos supostamente irregulares, nos termos do artigo 60 da Lei nº 10.177/1998.

12.1. Quando o pagamento irregular não decorrer de ato concessivo, mas de mera irregularidade, é desnecessário instaurar o procedimento de invalidação.

Procedimento de dispensa de reposição ao erário.

13. Impossibilidade de atuação *ex offício.* Em qualquer caso, a dispensa de reposição depende de requerimento expresso da parte interessada, dirigido à autoridade competente.

14. Competência.

14.1. Pedidos de dispensa com fundamento no D.N.G de 31.01.1986. Para os casos de boa-fé e alteração do critério jurídico, o fundamento é o DNG de 31.01.1986 e a competência é do Secretário da Pasta, conforme o artigo 23, inciso XXV, do Decreto nº 52.833/2008;

14.2. Pedidos de dispensa de reposição formulados por pensionistas. A competência é do Secretário da Fazenda e Planejamento, conforme o artigo 157 do Decreto nº 64.152/2019;

14.3. Demais casos. A competência é do Secretário da Fazenda e Planejamento, conforme o Decreto nº 53.325/2008.

15. Instrução e tramitação.

15.1. Os procedimentos de dispensa de reposição e de apuração de boa-fé devem ser conduzidos pelos órgãos subsetoriais de recursos humanos, em estrita observância ao Parecer referencial NDP nº 02/2019, que deve ser juntado em cada processo;

15.2. Concluídos os processos, estes devem ser encaminhados à Coordenadoria de vinculação da unidade que analisará sua conformidade;

15.3. Caso não seja constada qualquer providência complementar a ser adotada ou vício na condução dos processos, estes devem ser encaminhados à Coordenadoria de Recursos Humanos que, na qualidade de órgão setorial de recursos humanos da Pasta, procederá ao devido encaminhamento.

16. **Responsabilização dos agentes.** É dever da administração apurar as responsabilidades (cível, administrativa e criminal) daqueles que lesionam o erário, por meio de procedimento administrativo próprio a esta finalidade.

17. O Parecer referencial NDP nº 02/2019 segue anexo e tem validade de 12 (doze) meses.

18. Fica revogada a Instrução GGP/CON nº 004/2018.

São Paulo, 23 de setembro de 2019.

JOSÉ DANNIESLEI SILVA DOS SANTOS
Diretor Técnico II
Centro de Orientação e Normas
Grupo de Gestão de Pessoas