

NOTA TÉCNICA 001/2023

Análise da Portaria 10.723/22

Consulta-nos a Direção da ASSUFRGS, para uma análise preliminar da Portaria nº 10.723, publicada em 21 de dezembro de 2022, expedida pelos órgãos da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, o qual estabeleceu orientações e procedimentos aos órgãos e entidades integrantes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional sobre a redistribuição de cargos efetivos ocupados.

1- ANÁLISE JURÍDICO-SOCIAL

Inicialmente, importa observar que o presente estudo tem como foco apresentar uma análise crítica das diretrizes impostas pela Portaria nº 10.723 à luz da Lei nº 8.112/90 e da Constituição Federal.

A lei nº 8.112/90 estabelece os seguintes preceitos quanto a redistribuição:

Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos:

I - interesse da administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - equivalência de vencimentos; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

III - manutenção da essência das atribuições do cargo; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 1º A redistribuição ocorrerá ex officio para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º A redistribuição de cargos efetivos vagos se dará mediante ato conjunto entre o órgão central do SIPEC e os órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolvidos. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31. (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

Nestes pontos, a Portaria está em consonância com a Lei, pois traz essas previsões em seu artigo 4º.

Contudo, há de se pontuar alguns artigos da normativa em análise que transcendem a previsão da Lei, sendo inconstitucionais as restrições trazidas pela norma infralegal.

1.1. REDISTRIBUIÇÃO NO CURSO DE SINDICÂNCIA OU PAD

Art. 6º O cargo ocupado **somente** poderá ser redistribuído se o servidor que o ocupa preencher **cumulativamente os seguintes requisitos**:

I - **não esteja respondendo sindicância ou processo administrativo disciplinar**, nem cumprindo qualquer tipo de penalidade;

O referido inciso além de impor uma limitação não prevista na própria Lei nº 8.112/90, viola princípios constitucionais como da presunção de inocência quando impede o servidor que esteja **respondendo** - que, portanto, não teve nenhuma decisão

definitiva que reconheça a infração supostamente ocorrida - a uma sindicância ou processo administrativo disciplinar.

1.2. GOZO DE FÉRIAS OU LICENÇA

Art. 6º. (...):

II - não esteja em gozo de licença ou afastamento; e

Ainda, no seguinte inciso, no que diz respeito ao impedimento de servidores que estejam em gozo de licença ou afastamento, a Portaria é contrária ao que prevê a Lei nº 8.112/90 quando em seu art. 18 dispõe o seguinte:

Art. 18. O servidor que deva ter exercício em outro município em razão de ter sido removido, **redistribuído**, requisitado, cedido ou posto em exercício provisório terá, no mínimo, dez e, no máximo, trinta dias de prazo, contados da publicação do ato, para a retomada do efetivo desempenho das atribuições do cargo, incluído nesse prazo o tempo necessário para o deslocamento para a nova sede. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 1º Na hipótese de o servidor encontrar-se em licença ou afastado legalmente, o prazo a que se refere este artigo será contado a partir do término do impedimento.

Nesse entendimento, considerando que a lei prevê a hipótese de um prazo diferenciado para o servidor que está em licença ou afastado para a entrada em exercício do cargo redistribuído, evidentemente que a lei permite, mesmo que, implicitamente, a possibilidade de redistribuição de servidores nesses casos.

1.3. INSTITUIÇÃO DE PRAZO PARA NOVA REDISTRIBUIÇÃO

Art. 6º. (...):

III - não houver sido redistribuído nos últimos cinco anos.

Quanto a restrição de o servidor não ter sido redistribuído nos últimos cinco anos, não merece prosperar tal fundamento uma vez que a portaria não pode criar direitos novos ou obrigações novas não estabelecidos no texto básico, tampouco pode ordenar ou proibir diversamente do que a lei estabelece.

1.4. SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO

Art. 7º Fica **vedada** a redistribuição de cargo efetivo ocupado:

I - **por servidor em estágio probatório;**

No mesmo liame, não há embasamento legal para a Portaria vedar os servidores que estejam em estágio probatório de serem redistribuídos, uma vez que, a própria Lei não traz tal vedação.

1.5. EXCLUSIVO INTERESSE DO SERVIDOR

Art. 7º (...)

III - como pena disciplinar ou **para atender a interesse exclusivo do servidor.**

A expressão “*para atender a interesse exclusivo do servidor*” é subjetiva se analisado do ponto de vista de que muitos servidores – se não todos - solicitam a redistribuição por algum interesse particular, para acompanhar o seu cônjuge em mudança de domicílio para outra cidade ou estado, para residir e trabalhar mais perto de seus familiares, entre tantos outros motivos, na maioria das vezes que há a solicitação por parte do servidor para este ser redistribuído é para atender a um interesse pessoal, porém, desde que, esteja em harmonia com o interesse da Administração não há óbice para o deferimento da solicitação.

Ademais, devemos destacar que aqui se apresenta uma confusão comum entre interesse público e interesse do gestor público. O interesse público incide também, por exemplo, quando o servidor atua em interesse próprio, mas com o qual obterá uma melhora em algum aspecto da vida, como saúde mental, convívio familiar etc., pois o seu bem-estar é de interesse da comunidade, inclusive por ser protegido constitucionalmente, e acarretará uma melhora no desempenho de suas atividades profissionais. De outro lado, o que o artigo referido traz é a supremacia do interesse do gestor público, ou da Administração Pública no caso concreto, condicionando a redistribuição a este interesse imediato.

1.6. DESEMPENHO DAS ATIVIDADES NO ÓRGÃO DE ORIGEM

Art. 9º A apresentação do servidor no órgão ou entidade de destino ocorrerá dentro de, no mínimo, dez e, no máximo, trinta dias de prazo, contados da publicação da portaria de que trata o art. 2º, caput e §1º, para a retomada do efetivo desempenho das atribuições do cargo, incluído nesse prazo o tempo necessário para o deslocamento para a nova sede.(...)

§ 3º O servidor deverá continuar exercendo suas atividades no órgão de origem até a sua entrada em efetivo exercício no órgão ou entidade para o qual seu cargo foi redistribuído, sob pena de perda da remuneração, observado o disposto no art. 44 da Lei nº 8.112, de 1990.

Quanto ao artigo acima elencado, este apresenta contradição em seu próprio texto, uma vez que, prevê o prazo de, no mínimo dez e, no máximo, trinta dias para o deslocamento do servidor ao órgão de destino, no entanto, condiciona em seu §3º que o servidor deverá continuar exercendo suas atividades no órgão de origem até sua entrada efetiva no órgão de destino, imputando-lhe perda da sua remuneração em caso de descumprimento.

Ora, primeiramente que, na prática essa condição é humanamente impossível, considerando que, na maior parte dos casos, a redistribuição ocorre para

órgãos distantes um do outro, necessitando que o servidor realize a mudança de localidade dentro de um certo período de dias ou semanas, não havendo como se deslocar somente no dia da entrada em efetivo na lotação de destino enquanto trabalha até o dia anterior no seu local de origem. Sem falar que, o referido artigo incorre, também em ilegalidade, pois não há na Lei a previsão para essa imposição.

1.7. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desse modo, em consideração as análises feitas na Portaria nº 10.723/22 verificam-se diversas contrariedades que violam a hierarquia normativa, uma vez que prevê restrições e impedimentos que a Lei nº 8.112/90 não dispõe ou que ferem princípios constitucionais. Nesse sentido, como bem ensinou Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, pág. 337):

“Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que á não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o chefe do Poder Executivo não pode assenorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta”.

Desta forma, a Portaria em questão encontra-se eivada de ilegalidades quando estabelece limitações que a lei não prevê, sendo que o papel desta seria apenas de normatizar a lei e trazer concretude para as previsões gerais que a lei traz e não criando normas ou restrições novas onde o legislador não o fez.

2- PROCESSOS DE REDISTRIBUIÇÃO ANTERIORES A PORTARIA

Não obstante, além das diversas restrições que a Portaria trouxe em seu texto para as futuras redistribuições, esta afetou também as redistribuições que estavam em curso nesse período da sua publicação – cujas solicitações foram feitas antes da entrada em vigor da Portaria – pois estas foram suspensas para uma “nova orientação” à luz da Portaria.

Verifica-se que, tal prática viola diretamente o **princípio da irretroatividade da lei**, pois a regra adotada pelo ordenamento jurídico é de que a norma não poderá retroagir, ou seja, a lei nova não será aplicada às situações constituídas sobre a vigência da lei revogada ou modificada, sendo uma garantia constitucional de acordo com o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, o qual prevê que: “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*”, infringindo com tal conduta, também, o próprio princípio da segurança jurídica dos atos administrativos.

O princípio da segurança jurídica é considerado como um dos mais importantes no que se refere à atividade humana. A esse respeito Valim (2010, p 28)¹ (grifo nosso):

O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja os direitos de terceiros.

¹ VALIM, Rafael Ramires Araújo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros. 2010.

Assim, a importância da segurança jurídica visa proteger as expectativas do cidadão, ou seja, o gestor público deve valer-se de práticas passadas e dos precedentes da administração pública, que possibilitou e criou expectativas nos cidadãos, onde a administração pública irá buscar alternativas para que os atos e processos sobre seu poder seja tomado através de decisões específicas, consistentes, possibilitando segurança e boa fé.

Sendo assim, não pode a Administração agir de tal forma a violar os direitos dos servidores que já estavam em processo de solicitação de redistribuição, suspendendo as suas demandas para uma nova orientação – talvez prejudicial ao solicitante - em decorrência da superveniência desta Portaria.

3- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, considerando as inúmeras ilegalidades que a Portaria impôs aos servidores que desejam realizar a redistribuição, recomenda-se ao Sindicato propor a revogação e alteração dos artigos da Portaria nº 10.723/2022 acima indicados que violam nitidamente os direitos dos servidores.

Ressalta-se, ainda que, os servidores que já estavam com solicitações de redistribuições em andamento e que venham a ser prejudicados em razão das citadas previsões da Portaria deverão contestá-las na via administrativa e judicial.

Este é o nosso entendimento.

Porto Alegre, 25 de janeiro de 2023.

Jefferson dos Santos Alves
OAB/RS 89.504

Julia Vaz Mielczarski
OAB/RS 52E480