

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202100010002656

INTERESSADO: @nome_interessado_maiusculas@

ASSUNTO: CONSULTA - DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO NA CESSÃO DE SERVIDORES ESTADUAIS.

DESPACHO Nº 851/2021 - GAB

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CESSÃO. LIMITES À ATUAÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. NULIDADE DO ATO. ART. 65 DA LEI Nº 20.756/2020. EFEITOS. LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO. ARTS. 21 E 22. ORIENTAÇÕES.

1. Autos iniciados pelo **Despacho nº 191/2021-GGDP** (000018086240), no qual a Gerência de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas, da Secretaria de Estado da Saúde, menciona a existência de irregularidades no exercício funcional em determinadas cessões de servidores, que poderiam configurar desvio de função. Então, traça diversas considerações acerca da configuração do desvio de função, com alusão à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como à disciplina normativa trazida pela Lei estadual nº 20.756/2020 e pelo Decreto estadual nº 9.802/2021. Ao final, formula “consulta robusta quanto ao tema ora discutido”, além de análise jurídica da **minuta de termo de responsabilidade** (000018086366), em que o órgão cessionário manifestaria ciência do conteúdo da Portaria nº 50/2016-GAB/SES, contando com expressa disposição sobre a incidência do ônus de eventuais demandas decorrentes de irregularidades por desvio de função.

2. A questão jurídica foi analisada pelo **Parecer nº 480/2021-PROCSET** (000020344745), da Procuradoria Setorial da respectiva pasta, que opinou conclusivamente: *i*) o desvio de função implica nulidade do ato de cessão (art. 37, § 2º, CF, c/c art. 65, Lei estadual nº 20.756/2020), devendo ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, com o subsequente retorno do servidor ao órgão de origem; *ii*) são necessárias providências para o ressarcimento ao erário dos danos financeiros decorrentes do reconhecimento do direito às diferenças salariais provenientes do desvio de função (Súmula nº 378 do STJ), além da apuração da responsabilidade, por possível ato de improbidade administrativa (art. 14 e seguintes, Lei nº 8.429/1992) dos agentes – inclusive do beneficiário – que concorreram para a situação de ilegalidade; *iii*) a responsabilidade pelas consequências financeiras, decorrentes do desvio de função, deve recair sobre o órgão cessionário; *iv*) caso o cedente seja responsabilizado pelo desvio de função, o cessionário deverá reembolsar a remuneração do servidor cedido e demais danos financeiros comprovados; *v*) o Termo de Responsabilidade sugerido não supre a necessidade de formalização do ato de cessão pelos instrumentos apropriados para caracterizá-lo, sendo recomendável que o seu teor, naquilo que pertinente, seja reproduzido no instrumento próprio de cessão, como cláusulas

obrigatórias/vinculantes dos partícipes, ressalvada a necessidade de atualização/adequação da Portaria nº 50/2016-GAB/SES-GO aos ditames da Lei estadual nº 20.756/2020; vi) acerca dos processos paralelos, mencionados pelo consulente, recomenda-se a realização de provocação específica da Procuradoria Setorial para análise individualizada da situação de cada servidor.

3. Com o relato, passo à fundamentação jurídica.

4. A manifestação opinativa discorreu com propriedade sobre a cessão de servidor em que tenha ocorrido desvio de função, apresentando inferências em consonância com orientações precedentes desta Procuradoria-Geral, estampadas nos **Despachos nº 1241/2020-GAB[1]**, **nº 1767/2020-GAB[2]**, **nº 2317/2020-GAB[3]** e **nº 433/2021-GAB[4]**. Assim, **acolho** as diretivas e ilações do opinativo, com as **emendas** e **aditamentos** que passo a expor a seguir.

5. Acerca da verificação do desvio de função (itens 3 a 9 do opinativo), esclareço que o seu reconhecimento depende de juízo comparativo entre as funções estabelecidas legalmente para o cargo de origem (cedente) e as atribuições desempenhadas perante o órgão cessionário[5], de modo que o desvio de função estará presente no caso em que extravasar as funções do cargo de origem. É certo, porém, que algumas situações podem apresentar certas dificuldades, relacionadas à utilização de conceitos jurídicos indeterminados para definição das atribuições dos cargos ou de eventuais incongruências derivadas de organizações administrativas distintas – no caso de cessões para entes federativos diversos –, entre outros elementos, que recomendem, enfim, uma necessária análise jurídica singular a ser prestada pela Procuradoria Setorial.

6. Prosseguindo na análise, a manifestação opinativa destaca que o reconhecimento do desvio de função enseja a nulidade do ato de movimentação, com o subsequente retorno do servidor ao órgão de origem (itens 10 a 18 do opinativo), à vista de determinação do art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, art. 65 da Lei nº 20.756/2020, art. 53 e seguintes da Lei estadual nº 13.800/2001, Lei nº 4.717/1965, além das Súmulas nº 346 e nº 476, ambas do Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, contudo, faço pontual **ressalva** à orientação.

7. Na esteira da regra constitucional disposta no art. 37, II, CF, o hodierno Estatuto funcional, disciplinado pela Lei nº 20.756/2020, evidencia que a alteração do local do exercício do servidor, seja por qualquer das hipóteses de movimentação previstas no art. 64, não pode configurar o desvio de função, **sob pena de nulidade do respectivo ato** (art. 65). Importa lembrar que, tradicionalmente, entendia-se que a legalidade administrativa não permitiria margem para preservação de atos administrativos defeituosos, de modo que o reconhecimento de ato administrativo nulo acarretaria seu desfazimento, independentemente dos seus efeitos, sendo, aliás, esta a diretriz de aprovação da Súmula nº 473 do STF, em 3/12/1969. Desde então, contudo, a Administração Pública (e o Direito em geral) passou por uma série de transformações, com o reconhecimento de sua vinculação direta à Constituição Federal e ao Direito como um todo, além do influxo de percepção pragmática da ação administrativa[6], o que permitiu, por exemplo, acolhimento jurisprudencial e doutrinário da conservação de atos praticados por funcionário de fato, limitações decorrentes da proteção da confiança legítima[7] e, até mesmo, o reconhecimento do direito às diferenças salariais no caso de desvio de função (Súmula nº 378 do STJ).

8. É nesse ideário que a Lei nº 13.655/2018, ao alterar a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB), provoca uma mudança no agir administrativo, preocupado com a avaliação dos contextos e das consequências da tomada de decisão administrativa, principalmente daquela que reconhecer a nulidade do ato administrativo (arts. 21 e 22).

9. Com isso, é certo que a efetiva constatação do desvio de função importará na nulidade do ato de cessão; contudo, as consequências da nulidade só serão conhecidas no momento da tomada de decisão, ocasião em que a autoridade administrativa apresentará sua motivação, com fundamentos claros e pormenorizados das razões fáticas e dos valores em conflito, o que deverá ser precedido por contraditório e ampla defesa, de modo a garantir, enfim, que a decisão administrativa seja proporcional e sem prejuízo aos interesses gerais (arts. 21 e 22, LINDB). Dessa forma, **ressalvo parcialmente os itens 16 e 40, alínea “a”**, de modo que as consequências da declaração de nulidade sejam fixadas pelo ato decisório.

10. Ainda, realço que a atribuição da responsabilidade pelas consequências financeiras decorrentes do desvio de função é matéria controvertida^[8], pelo que o teor do Termo de Responsabilidade – em especial na fixação de responsabilidade e do direito de regresso – tem a importante função de conferir maior segurança jurídica à questão, em consonância com os arts. 26 e 30 da LINDB. De todo modo, reforço a recomendação de que o seu conteúdo, no que for cabível, seja reproduzido no instrumento próprio da cessão.

11. Por fim, anoto que as consultas excessivamente amplas podem trazer prejuízo à orientação jurídica, de modo que a exposição de dúvidas objetivas (ou concretas) permitem que o parecerista considere adequadamente os elementos de fato ou as peculiaridades jurídicas que ocasionaram empecilhos à atuação do gestor público. Assim, a despeito das orientações gerais aduzidas, reforço que a solução do caso concreto deve ocorrer sempre com motivação que leve em consideração as suas particularidades, no que a provocação específica da Procuradoria Setorial poderá auxiliar no balizamento de juridicidade do agir administrativo.

12. Por todo o exposto, **aprovo, com os acréscimos e as ressalvas acima, o Parecer nº 480/2021-PROCSET.**

13. Orientada a matéria, **encaminhem-se os autos à Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**, para os devidos fins. Antes, porém, dê-se ciência do teor desta orientação às Chefias da Procuradoria Judicial, das Procuradorias Regionais, das Procuradorias Setoriais da Administração direta e indireta e do CEJUR (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB).

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

^[1]Processo administrativo nº 201900013002599.

^[2]Processo administrativo nº 202000011019523.

^[3]Processo administrativo nº 202000005030358.

^[4]Processo administrativo nº 202000017012156.

^[5]A título exemplificativo, confira-se o Despacho nº 433/2021-GAB.

[6] *Cuida-se, conforme Gustavo Binenbojm, de giros de transformações da Administração Pública contemporânea, que conta com legitimação constitucional e democrática (giro democrático-constitucional) e com olhar pragmatista (giro pragmático). Confira-se: BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2017.*

[7] *Sobre o tema, confira-se: COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maior/junho, 2005.*

[8] *Além da sentença mencionada no opinativo, destaco o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÔNUS PARA O ÓRGÃO CEDENTE. RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. Conforme precedentes do STJ e da jurisprudência pátria, sobrelevando-se que ficou configurado que a cessão dos servidores públicos para exercício de funções em outro órgão da administração pública se deu com ônus para o órgão cedente (Município de Rio Verde), e restando mantido o vínculo originalmente formado com o ente municipal, impõe-se a conclusão de que é este, portanto, o responsável pelo eventual pagamento de diferenças remuneratórias decorrentes de desvio de função, ainda que ocorrido no órgão para o qual foi cedido. Nesse caso, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva do ESTADO DE GOIÁS para figurar no polo passivo da presente ação, impondo-se a extinção do feito sem resolução de mérito. APELAÇÃO CÍVEL e REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDAS E PROVIDAS. (TJGO, Apelação / Reexame Necessário 0229599-63.2014.8.09.0137, Rel. AMÉLIA MARTINS DE ARAÚJO, 1ª Câmara Cível, julgado em 06/07/2018, DJe de 06/07/2018).*

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 26/05/2021, às 14:24, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000020796924** e o código CRC **0684B8ED**.

ASSESSORIA DE GABINETE

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ. COM A
AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER (62)3252-8523



Referência: Processo nº 202100010002656

SEI 000020796924