



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Parecer Jurídico da Amapergs 002/2021 Decreto 55.755/2021

1. QUESTÕES QUE GUARDAM APARENTE ILEGALIDADE.

Inicialmente, pende iniciar este trabalho apontando que a falta de participação do Sindicato no momento da avaliação das ponderações para a formação das Listas de promoção fere frontalmente a Constituição Estadual, já que a mesma prevê de forma expressa a representação da categoria nas decisões, como segue:

Art. 27. É assegurado:

I - aos sindicatos e associações dos servidores da administração direta ou indireta:

a) participar das decisões de interesse da categoria;

Esse afastamento não só prejudica o andamento do trabalho, pois impede que ocorra a fiscalização efetiva dos trabalhadores sobre a formação das listas, como macula o trabalho realizado, ante a falta de atenção ao comando constitucional.

Após este introito, passemos a questão nodal do parecer.

A promoção é, ao mesmo tempo, ato de provimento no cargo superior e vacância no cargo inferior.

O acesso na hierarquia da SUSEPE/RS se dá de forma seletiva, gradual e sucessiva e será feito mediante promoções, de conformidade com o disposto na legislação e regulamentação de promoções de funcionários.

Com relação à promoção por merecimento, dispõe o art. 19 da Lei 12.577/2006 que:

Art. 15 - As promoções dos servidores penitenciários consistem na passagem de um grau para o imediatamente superior àquele a que pertence, nas respectivas categorias funcionais e realizadas nas modalidades de merecimento e antiguidade, alternadamente, e nos casos previstos das promoções extraordinárias, da Lei Complementar nº 11.000, de 18 de agosto de 1997.



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Os princípios expressamente previstos para a Administração Pública na Constituição Estadual preveem.

Art. 19 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando a promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte:

(...)

No mesmo rumo é a Constituição Federal.

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.

Pois bem, analisando o Decreto Nº 55.755, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2021, salta aos olhos possível ilegalidade na forma de montagem da nota nas listas de merecimento, principalmente quanto ao artigo 21, que assim está escrito:

Art. 21. A nota final de desempenho funcional correspondente ao Anexo I deste Decreto, descrito na alínea “a” do inciso I do art. 19 deste Decreto, que integrará a avaliação institucional, será obtida pelo resultado da multiplicação da nota de desempenho funcional preliminar pelo fator gerado no ponto de equalização.

§ 1º A aplicação do fator de equalização tem por finalidade a correção das notas preliminares de desempenho funcional para evitar prejuízo a servidores avaliados pelas chefias imediatas em disparidade com a instituição, na proporção da razão identificada entre a média geral de desempenho do Órgão Administrador do Sistema Penal e a média do ponto de equalização.

§ 2º O ponto de equalização será a menor unidade administrativa que contenha pelo menos dez servidores avaliados, desconsiderando o avaliador.

§ 3º A unidade administrativa será cada setorização, dentro da estrutura organizacional do Órgão Administrador do Sistema Penal, que contemple a presença de um avaliador e de pelo menos um avaliado.

§ 4º A unidade administrativa composta por menos de dez servidores avaliados será integralizada à unidade administrativa imediatamente superior a que esteja vinculada e, assim, sucessivamente, até que seja possível a formação de um ponto de equalização.

§ 5º Sendo impossível a vinculação para uma unidade administrativa hierárquica superior, a integralização se dará ao ponto de equalização imediatamente inferior.

§ 6º As médias aritméticas das notas preliminares de desempenho funcional dos pontos de equalização e os seus respectivos fatores serão calculados por Sistema Informatizado Específico e permanecerão disponíveis para a consulta por todos os servidores após o fim do período de aferição.

§ 7º A nota final de desempenho funcional será obtida pela aplicação da seguinte equação:



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Nota Final = 1,5 x (Nota Preliminar x Fator de Equalização)

onde,

Fator de Equalização = $\frac{\text{Média Geral}}{\text{Média do Ponto de Equalização}}$

sendo:

Nota Final = Nota final de desempenho funcional

Nota Preliminar = Nota preliminar de desempenho funcional

Fator de Equalização = Razão identificada entre a Média Geral e a Média do Ponto de Equalização.

Média Geral = Média aritmética simples de todas as notas preliminares de desempenho funcional do órgão administrador do sistema penal

Média do Ponto de Equalização = Média aritmética simples das notas preliminares de desempenho funcional dos servidores avaliados no ponto de equalização

Da análise desta forma de cálculo da Nota Final, podemos ver que a mesma guarda critérios que tornam desigual a competição entre funcionários iguais, pois se compararmos dois funcionários cujas Notas Preliminares são iguais aplicados o Fator de Equalização, que corresponderá a média de pontos de equalização de cada unidade dividido pela média geral, ao final haverá uma discrepância entre os mesmos, causadora de desequilíbrio entre aqueles que deveriam concorrer de forma igual, já que a Média do Ponto de equalização vai variar de acordo com os pontos dos demais funcionários que compõem a unidade que será classificada como Ponto de Equalização, na forma do parágrafo segundo do artigo 21 do Decreto 55.755/21.

Tal agir fere a impessoalidade, assim definida por ANA PAULA OLIVEIRA ÁVILA¹ como:

“A impessoalidade restará explicada como princípio que impõe à Administração Pública o dever de respeitar o direito de igualdade dos Administrados e de não se valer da máquina pública para lograr proveito pessoal ou de outrem; o dever de proceder com objetividade na escolha dos meios necessários para a satisfação do bem comum; o dever de imparcialidade do administrador quando da prática de atos e decisões que afetem interesses privados perante a Administração, e, inclusive, na decisão sobre o conteúdo dos interesses públicos em concreto; o dever de neutralidade do administrador, que deve caracterizar a postura institucional da Administração e determinar aos agentes públicos o dever de não deixar que suas convicções políticas, partidárias ou ideológicas interfiram no desempenho de sua atividade funcional; e, ainda, na sua exteriorização, o dever de transparência”.

¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 25-26.



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Pois deixa de tratar de forma igual os concorrentes, criando fator matemático de desequilíbrio àqueles que concorrem em diferentes regiões do Estado, já que deverão submeter-se a média de notas de outros colegas, não refletindo a sua realidade.

Como arremate a este tópico, não podemos deixar de apontar, com estranheza, que as regras de transição buscam a sua validade em tabelas do decreto anterior, que foi revogado por este, sendo inconcebível que o presente decreto crie regra de transição, para período passado, sem que estabeleçam de forma clara e explícita as regras que serão pautadas para a escolha. Ou seja, não existe tabela de avaliação funcional validada e explícita para aferimento da pontuação dos funcionários, causando danos, a critério de como o servidor deve ser avaliado e como deve recorrer se discordar da avaliação. A impressão que salta aos olhos, em um primeiro momento, é que se procura aproveitar o novo Decreto para impor novas regras a fatos passados, cujo ordenamento já regulava. Tal agir gera incontável prejuízo aos trabalhadores que despenderam tempo e dinheiro preparando-se para a promoção sob a égide do antigo decreto e agora se encontram desamparados pela mistura regulamentar efetuada.

Ademais, no Anexo III, Quadro 2.2, referente a pontuação de funcionários ocupantes de Funções Gratificadas, nota-se clara possibilidade de eleição dos que poderão pontuar nesta modalidade, já que é comum aos que ocupam cargos máximos no órgão Administrativo se cercarem de pessoas de sua confiança, independentemente de méritos profissionais, sendo possível que suas indicações guardem critérios políticos e de amizade e não funcionais, o que por si só fere a moralidade.

Outra discrepância que salta aos olhos é a tabela 2.1, referente ao Anexo IV, Provedimento Incentivado, podemos notar que as notas destinadas ao incentivo de ocupação de vagas de interesse da Administração Pública, mais notadamente no setor administrativo do Órgão Central, soma 40 pontos, afastando-se em muito daqueles que ocupam cargos na atividade fim, ou seja, em Presídios de menor expressão no interior do Estado, criando verdadeiro privilégio a aqueles que não se dedicam a finalidade do órgão, mas sim trabalham em setor burocrático, que a despeito da importância de seu



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

trabalho, não expõem a sua vida na contenção e manutenção das cadeias. Ao nosso sentir todos os postos de trabalho são de interesse da administração não havendo sentido em privilegiar determinados locais em detrimento de outros que sofrem agudamente com falta de efetivo, material e condições, mas como estão perdidos pelos rincões do Estado não recebem a atenção necessária.

Outro ponto a ser destacado refere-se ao impedimento de promoção por antiguidade e merecimento no caso de punição disciplinar, pois no Decreto em comento assim consta:

Art. 11. Não será passível de promoção por antiguidade o servidor que na data de publicação das listas homologadas:

II - tiver recebido punição disciplinar irrecorrível nos últimos doze meses com pena de suspensão, convertida, ou não, em multa;

Bem como ao impedimento de promoção por merecimento, como segue:

Art. 15. Não será admitida a promoção por merecimento do servidor que na data de publicação das listas homologadas:

II – houver sofrido qualquer tipo de punição disciplinar irrecorrível nos últimos doze meses;

Todavia, neste ponto o Decreto extrapola a Lei Complementar nº 13.259, DE 20 DE OUTUBRO DE 2009, já que prevê limitação não prevista em Lei.

É de conhecimento comum que as normas previstas em Decreto não podem restringir o alcance dos direitos preconizados em Lei Formal, possuindo atribuição apenas para regulamentar e possibilitar a aplicação das garantias e prerrogativas ali consagradas.

Desta forma, as limitações ao direito à promoção deveriam constar no corpo da LC 13.259/09, pois instrumento hábil a criar e restringir direitos.

Ocorre que ao analisarmos a Sessão II da referida Lei, assim nominada *Da Gestão de Desempenho Funcional e Promoções* não existe a presente restrição, não podendo a mesma ser válida então, já que a Administração Pública não pode furtar do Legislador o direito de apreciar a questão.



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Em conforto com o acima afirmado, vejamos o que diz a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO², ao tratar sobre o poder de regulamentar:

“Esta longa – mas oportuna – citação calha à fiveleta para indicar que ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. É esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que ‘ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia constitucional aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.”

Doutrina, ainda, HELY LOPES MEIRELLES³:

“Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade. Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de execução), terá que se cingir ao que a lei contém; quando se tratar de regulamento destinado a prover situações não contempladas em lei (regulamento autônomo ou independente), terá que se ater aos limites da competência do Executivo, não podendo, nunca, invadir as reservas da lei, isto é, suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa (lei em sentido formal e material).”

Na mesma linha, a doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴:

“O sistema constitucional brasileiro não admite o chamado regulamento independente ou autônomo, fora o regulamento de organização que a doutrina, às vezes, também considera um tipo autônomo; agora, em face do

² Curso de Direito Administrativo, 10.^a edição, Malheiros, p. 210/211.

³ Direito Administrativo Brasileiro, 27.^a edição, Malheiros, p. 176.

⁴ Curso de Direito Constitucional Positivo, 29.^a edição, Malheiros, p. 425/426.



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

inc. VI do art. 84, não pode ser considerado autônomo, porque se prevê que seja expedido “na forma da lei”; fica, pois, sujeito a uma reserva relativa de lei.

O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando-se írrito o regulamento dele proveniente. A lição de Oswaldo Bandeira de Mello é lapidar quanto a isto: o “regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.””

Colaciono, ainda, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em discussão similar:

ADMINISTRATIVO. LEI E REGULAMENTO. LIMITAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. Não pode o regulamento desbordar dos limites traçados pela lei, tal qual, em linha de princípio, ocorre quanto ao art. 2º, VII, alíneas "e", "f" e "g", Decreto Municipal n.º 18.097/12, e o art. 39, § 4º, Lei Municipal n.º 8.279/99. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E PROVA. ILEGALIDADE E SITUAÇÕES NÃO CARACTERIZADAS. A antecipação da tutela reclama prova segura quanto às situações de suposta ilegalidade, o que, no caso dos autos, não se verifica quanto a duas das licenças e o número de colocação de veículos de divulgação. (Agravo de Instrumento Nº 70060049152, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 29/05/2014)

Referente à pontuação extra por ferimento em ação, artigo 19, II, a, do Decreto, observamos nova modalidade de ilegalidade, já que não se pode deferir pontuação extra a aquele que goza desta condição, quando o mesmo poderá também fazer jus ao Voto de Louvor ou Ato de Bravura, se assim a Superintendência julgar procedente, ocorrendo, então, duplicidade de critérios para o mesmo fato, causando desigualdade àqueles que não ostentam tal condição.

No tocante ao artigo 16 do referido decreto, que assim prevê:

Art. 16. O servidor não será avaliado quando o exercício de desempenho no cargo na estrutura do Órgão Administrador do Sistema Penal, respectivo ao período avaliado, for inferior a quatro meses.

Existe flagrante discriminação à mulher e à família.

Ocorre que tal afastamento engloba inclusive a Licença Gestante ferindo, então, o princípio da dignidade da pessoa humana, referido expressamente no § 7º do art. 226 da



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Constituição: o casal é livre para escolher seu planejamento familiar, mas deve fazê-lo em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que deve ser respeitada a decisão do ente familiar, não podendo a mulher ser prejudicada quando em licença maternidade.

No tocante ao artigo 64 do Decreto, referente à nota obtida no período de transição, conforme assim descrito:

Art. 64. A nota para a promoção por merecimento obtida no primeiro período avaliado, correspondente ao período de transição descrito neste Capítulo, não integrará o histórico funcional para as futuras promoções.

Entendo que tal artigo não deixa explicado de forma clara se as notas obtidas com cursos irão zerar, não sendo aproveitadas na próxima promoção, ou somente a média final será zerada.

Note-se que não é correto zerar os cursos, pois os mesmos devem ser validados na próxima promoção para que entrem na média, já que cursos de graduação, mestrado e doutorado são longos e custosos ao servidor para não poderem ser pontuados de forma a preservarem tais pesos em médias futuras. Se assim não ocorrer, qual seria o incentivo ao funcionário em buscar o seu aperfeiçoamento acadêmico?

Por fim, a pontuação dedicada à valorização do servidor pelo trabalho prisional, Anexo V, em que pese pareça ser louvável, guarda grande fator de desequilíbrio entre funcionários, já que existem locais no interior que por déficit de pessoal mal conseguem efetivo para organizar a segurança interna, quanto mais possibilitar o trabalho interno. Desta forma, somente presídios maiores e bem estruturados, que contam com efetivo maior e muitas vezes especializados, poderão contar com a sua população carcerária trabalhando, o que demonstra que o Estado, por meios materiais, privilegiará quem está em presídios maiores em detrimento dos que se esforçam para manter o serviço em cadeias menores.

Ademais, as cadeias que operam no Regime Fechado serão as beneficiadas neste quesito, sem falar na existência de impossibilidade de órgãos tão importantes como o GAES, DSE, Monitoramento, OC, IPF, DPR que sequer terão chance de pontuar.



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

Isso causaria diferenciação clara entre servidores de um mesmo Órgão baseado em seus locais de lotação.

O trabalho não pode ser obrigado nas cadeias, mas simplesmente incentivado, de modo que não depende do servidor a ocorrência deste quesito, não podendo o mesmo ser levada em consideração diante do grande grau de subjetividade da questão, já que depende tão somente das condições materiais ofertadas pelo Estado e do apenado, quanto à opção pelo trabalho.

Como visto, estamos diante de uma gama de irregularidades, de ilegalidade e imperfeições que contaminam o certame promocional.

Com efeito, para quem valoriza a meritocracia como critério, é indispensável atenção absoluta a critérios sadios, objetivos, claros e conhecidos. Para tanto é imprescindível à produção e confecção de regras claras, igualitárias e justas, de modo a fomentar a salutar concorrência.

Só assim, se podem estimular os funcionários a serem melhores e mais dedicados e afastar, o temor da promoção fundado em laços de amizades ou relações sociais.

Da forma como está, o decreto traz uma quebra de paridade e acaba por se afastar dos princípios norteadores da Administração Pública, pois fere a moralidade ao eleger determinadas pessoas de confiança a pontuar em excesso e a impessoalidade ao gerar um Fator matemático que arrasta a média de outros servidores para compor a média final do concorrente, privando-o de seus méritos próprios em detrimento do mérito de outros concorrentes de sua Região, ou casa prisional.

Não há negar que, um concurso de promoções por mérito, de uma forma ou de outra, leva-se em conta diferenciações entre candidatos. Contudo, *“para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em*



AMAPERGS SINDICATO

Sindicato dos Servidores Penitenciários do
Estado do Rio Grande do Sul

relação a finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais protegidos”⁵

No mesmo passo, assim como está não se cumpre a “*obrigatoriedade ao intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social*”⁶.


Desta forma, acreditamos que tais pontos podem ser levados a discussão perante o Poder Judiciário caso algum filiado entenda que foi prejudicado nestes quesitos.

Rafael Augusto Butzke Coelho
OAB/RS 43.511

AMAPERGS Sindicato REQUER, de forma prioritária que sejam analisadas e tomadas as devidas providências por esta Superintendência das ilegalidades apontadas neste parecer, haja vista a grande repercussão e a vultosa quantidade de ações judiciais que poderão ser impetradas **PELOS SERVIDORES PENINTECIÁRIOS DA SUSEPE.**

Porto Alegre, 01 de março de 2021

Atenciosamente,



Saulo Felipe Basso dos Santos
Presidente

⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade 70052024577, julgada em 16/06/2014. TJRS

⁶ MORAIS Alexandre de, Direito Constitucional, 26ª Ed.-São Paulo, Atlas, 2010. pg.37.