

Nota Jurídica nº 09/2019

PAAF nº 0024.19.000892-0

Requerente: 2ª Promotoria de Justiça da
Comarca de Lagoa Santa

Ementa: Fiscalização de trânsito. Poder de Polícia. Servidores Públicos Municipais. Carreiras Diversas. Impossibilidade. Falta de Legitimidade. Desvio de Função. Ratio Decidendi do RE 658.570/MG. Não Aplicabilidade ao Caso Concreto

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Mirella Giovanetti Vieira, DD. Promotora de Justiça da Comarca de Lagoa Santa, solicitando a este Centro de Apoio Operacional a elaboração de parecer sobre a legalidade de ato do Diretor do Departamento Municipal de Transportes e Trânsito – DEMUTRAN – de capacitar servidores ocupantes de cargos diversos no município para fiscalizarem o trânsito nas vias do município até que seja finalizado concurso público destinado ao preenchimento de cargos de agente municipal de trânsito.

É esse, em síntese, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, depreende-se dos autos deste Procedimento de Apoio que o r. Diretor Municipal de Transportes e Trânsito, com fundamento no Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG, especialmente no voto prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso (fls. 04-06), sugeriu qualificar servidores públicos municipais de diversas carreiras para atuarem na fiscalização de trânsito. Argumenta, em essência, que “o voto do Ministro Luís Roberto Barroso é muito claro, reconhecendo ao município, dentro do seu poder de auto-organização, se valer de qualquer cargo já organizado em carreira, vinculado ou não ao trânsito”, para a formação de agente de trânsito.

Nada obstante, verifica-se que o julgamento do apelo extraordinário trabalhou com vários conceitos, não se restringindo aqueles suscitados pela municipalidade. Aliás, muitos outros elementos foram trabalhados, uns com maior destaque e outros, conquanto mais sutis, igualmente necessários para o deslinde do feito.

Nessa ordem de ideias, passa-se a gizar importantes considerações que darão baldrame a esta Nota Técnica. Preambularmente uma inarredável advertência faz-se necessária, considerando os contornos próprios que assume o caso subexamine, qual seja a não adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, conforme passa-se a explicar.

2.1 – Do Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG: reflexão crítica.

Depreende-se do Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG que “é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas” (tema 472 da repercussão geral). O case trabalhou com uma série de conceitos, entre os quais: capacidade de auto-organização dos Municípios, Poder de Polícia, Segurança Pública etc., sendo alguns analisados doravante.

Antes disso, porém, cumpre registrar a seguinte advertência: o Supremo Tribunal Federal não adota a “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, de modo que não é seguro fundamentar-se tão somente na “ratio decidendi” de seus precedentes. Explica-se.

A expressão textual de uma decisão judicial, seja ela monocrática ou colegiada, é um ato complexo a partir da qual é possível vislumbrar o percurso intelectual da aplicação do direito ao caso concreto. Nessa operação, em que se une certo fato ao plexo normativo de regência, utiliza-se informações de caráter acessório e argumentos que compõem a essência da tese jurídica desenvolvida. No estudo do sistema de precedentes judiciais, tais elementos recebem o nome de “obiter dictum” e de “ratio decidendi”.

Em geral, entende-se por “obiter dictum” (ou no plural “obiter dicta”) as considerações periféricas ou meramente incidentais que, conquanto úteis para a compreensão da decisão, são dispensáveis para sua fundamentação jurídica. A expressão “obiter dictum” significa aquilo “dito de passagem”. A seu turno, a “ratio decidendi” é o argumento ou a informação que constitui fundamento da decisão. De acordo com Daniel Mitidiero,

A ratio é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. A ratio decidendi envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi* – *holding*).²² (itálico no original).

Nesse contexto, a “ratio decidendi” possui posição de destaque na decisão judicial, de modo que se defendia imprimir eficácia vinculante à parte da fundamentação necessária à conclusão do julgamento. Trata-se da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes:

22 MITIDIERO apud BORGES, Vinícius Verdi. **O Sistema de Precedentes Judiciais**: dos marcos teóricos conceituais à implantação no processo civil brasileiro. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158828/001022582.pdf?sequence=1>. Acesso em 08 de maio de 2019. p. 15-16.

Originalmente, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, também chamada de teoria dos efeitos irradiantes ou transbordantes ou, ainda, teoria do transbordamento dos motivos determinantes, consiste na ampliação do efeito vinculante das decisões prolatadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade para estendê-lo aos fundamentos determinantes da decisão, ou seja, para além do seu dispositivo. Como observou a procuradora Joana Faria Salomé: “na prática, significa que o efeito vinculante será amplo o suficiente para eivar de inconstitucionalidade, erga omnes, outras normas cujo conteúdo se assemelhe ao daquela efetivamente impugnada.” (...). É importante ressaltar que, adotando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes, se futuramente ocorrer a aplicação de regra regimental análoga, por juízo ou órgão administrativo de outro estado-membro, [por exemplo], a parte interessada poderá intentar reclamação perante o STF, a fim de preservar a autoridade dos julgados da Corte, que determinará a anulação da decisão administrativa ou a cassação da decisão judicial reclamada (art. 102, I, “I”). Embora esta teoria tenha origem na das *bindungswirkung* alemã (instituto processual germânico que introduziu o efeito vinculante), cujo escopo é atribuir aos fundamentos determinantes das decisões prolatadas em sede de controle abstrato, no Brasil, a mesma chegou a ser adotada também no âmbito do controle concreto-difuso. De acordo com a procuradora Joana Faria Salomé, a origem da teoria da transcendência dos motivos determinantes no Brasil está vinculada: (i) à formação do próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, influenciado pelos modelos norte-americano e austríaco e (ii) à introdução da representação interventiva pela Constituição de 1934, modelo de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta cuja função é concretizar os princípios sensíveis no direito constitucional estadual.²³ (itálico no original).

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes chegou a ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, nos últimos anos, a posição pacífica da Corte é no sentido de que não pode ser acolhida, conforme se depreende da jurisprudência atual:

AGRAVO REGIMENTAL. UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO PARADIGMA E A DECISÃO RECLAMADA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. **TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE PELO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

I – A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos de recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória.

II – É inadmissível a reclamação quando a decisão adotada como paradigma violado não encaixa-se perfeitamente à hipótese dos autos.

III – O Plenário desta Corte manifestou-se **contrariamente à chamada “transcendência” ou “efeitos irradiantes” dos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas. Precedentes.**

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

STF. Rcl 27702 AgR. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgado em 06/10/2017. Processo Eletrônico Dje-238. Publicação 19/10/2017. (Negrito nosso).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ADI 1.851. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA.

1. A reclamação exige estrita aderência entre a decisão reclamada e o paradigma invocado, não servindo de sucedâneo recursal.

2. Na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido **contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, impedindo o uso de tese jurídica para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional.**

3. Agravo interno desprovido.

STF. Rcl 4090 AgR, Relator Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26/05/2017. Acórdão Eletrônico Dje-118. Publicação 06/06/2017. (Negrito nosso).

23 ALBERNAZ, Paula Umbelino de Souza. **Reflexões acerca da Teoria da Transcendência dos motivos determinantes a partir do STF.** Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22283/22283.PDF>. Acesso em 09 de maio de 2019.

Na mesma esteira: Reclamação 25.880-AgR/RJ (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 26/04/2018); Reclamação 2.491-AgR/PI (Rel. Min. Rosa Weber, DJe 16/12/2016); Reclamação Rcl 16.619-AgR/SC (Rel. Min. Edson Facchin, DJe 20/10/2015); Reclamação 9.778-AgR/RJ (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10/11/2011); Reclamação 6.319-AgR/SC (Rel. Min. Eros Grau, DJe 06/08/2010); Reclamação 3.014/SP (Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010); Reclamação 5.703-AgR/SP (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16/09/2009); Reclamação 4.448-AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 08/08/2008); Reclamação 2.990-AgR/RN (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/09/2007), entre outros.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicabilidade da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, é preciso concluir que o emprego dos fundamentos determinantes (“ratio”) de certo precedente judicial como exclusivo norte condutor para adoção desta ou daquela decisão na seara administrativa não se mostra adequado.

Como bem se sabe, o Princípio da Segurança Jurídica tem por finalidade gerar na sociedade civil perspectiva de estabilidade, no sentido de consolidar as ações administrativas, inclusive no âmbito do Poder Normativo da Administração Pública:

Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no direito comunitário europeu, advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o poder normativo da Administração, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade. Semelhante tutela demanda dois requisitos: (1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; (2º) a imprevisibilidade das modificações.²⁴

Ora, se o próprio STF não se vincula aos motivos determinantes (ratio decidendi) de seus julgados, podendo a qualquer momento alterá-los, como a Administração Pública pode adotá-los e desconsiderar o possível juízo de alteração que paira sobre eles? Diante do exposto, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, deve a Administração Pública abster-se de

fundamentar exclusivamente suas decisões, sejam meratórias ou normativas, nas razões determinantes de precedentes judiciais da Suprema Corte.

Ademais, da leitura integral do acórdão lavrado no RE 658570/MG, principalmente do voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso, percebe-se que o Ilustre representante do DEMUTRAN embasa sua decisão de qualificar servidores de cargos diversos para o exercício das funções de agente de trânsito em equivocada interpretação dos fundamentos (ratio decidendi) contidos no voto no RE 658570/MG.

Conforme se verifica do voto vencedor, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao afirmar a competência do Município – aqui importante salientar que Município enquanto membro da Federação, composto portanto de seus poderes executivo e legislativo, e não apenas Poder Executivo – para escolher a carreira de servidores que exercerão o poder de polícia de trânsito, vincula tal escolha ao competente processo legislativo para a atribuição de tal exercício, senão vejamos:

III. Esclarecimento a propósito da edição da EC 82/2014

26. Por fim, esclareço que o advento da EC 82/2014 não altera a conclusão acima exposta. Conforme já indicado neste voto, a emenda incluiu, no âmbito do art. 144 da CF/1988, a possibilidade de exercício de atividades de segurança viária por agentes de trânsito municipais e estaduais, estruturados em carreira. Não se pode extrair daí, entretanto, que o poder de polícia de trânsito só pode ser exercido, em âmbito estadual e municipal, por integrantes dessa nova e apartada carreira dos agentes de trânsito.

27. Em primeiro lugar, porque, como visto, segurança pública não se confunde com poder de polícia, de maneira que, ao menos em princípio, a segurança viária prevista no art. 144, §10, da CF, seria algo distinto do poder fiscalizatório discutido no presente recurso extraordinário. Em segundo lugar, porque mesmo se o art. 144, §10, da CF, tratasse do poder de polícia de trânsito, não seria razoável interpretá-lo como uma exigência de criação de uma nova carreira, distinta da dos policiais militares estaduais e dos guardas municipais. Deve-se interpretar o preceito sistematicamente, à luz, sobretudo, do princípio constitucional da eficiência, considerando-se as diferentes realidades sociais e orçamentárias dos Estados e Municípios brasileiros. Assim, o art. 144, §10, da CF exigiria tão-somente o

24 CARVALHO FILHO, 2013, p. 39.

exercício da função de agente de trânsito por agente público – e, nesse sentido, estruturado em carreira. A escolha de qual carreira do serviço público contemplará as funções de agente de trânsito fica a cargo do legislador estadual e municipal, sendo perfeitamente possível recair, nessa última hipótese, sobre a guarda municipal, como, aliás, é comum no país.(grifos nossos)

Superada essa importante observação, resta de qualquer sorte tecer breves comentários acerca do Recurso Extraordinário nº. 658.570/MG.

Extraí-se do voto proferido pelo i. Ministro Luís Roberto Barroso que a expressão agente civil ou servidor público civil foi empregada para distinguir de servidor público militar, agente público vinculado a instituições militares instituídas apenas no âmbito estadual e federal. Essa diferenciação foi necessária porque a guarda municipal não integra o serviço militar, mas a estrutura civil do ente político. Delimitou-se também os conceitos de poder de polícia, ato da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades individuais para salvaguardar o interesse público, e instituição Polícia, detentora exclusiva da promoção da segurança pública (art.144, CR/88).

A conclusão do julgamento é coerente com o quadro juspolítico pós CR/88, pois considerou a competência dos entes municipais para exercer a fiscalização, a orientação e o controle do trânsito. Isso, contudo, não significa que o exercício dessa competência se dá ao alvedrio da Administração Municipal. Em diversas passagens, por exemplo, constata-se que os ministros concordaram que a atividade de fiscalização de trânsito deve ser compatível com a função originária atribuída ao agente público.

A título de exemplo, no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, o i. magistrado apontou: “a atribuição da guarda municipal para exercer a fiscalização e o controle do trânsito aos casos em que existir conexão entre a atividade a ser desempenhada e a proteção de bens, serviços e equipamentos municipais, respeitando-se os limites das competências municipais versados na legislação federal.” (p. 22 do acórdão).

O i. Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, quando delimita a questão fulcral (exercício do poder de polícia de trânsito), afirma: “eu devo dizer que, independentemente dessa mudança constitucional, que é posterior à decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, eu já achava que a guarda municipal poderia legitimamente exercer essa competência, porque está previsto na legislação própria que ela possa fazê-lo. E, posteriormente, houve esse plus de legitimação dessa atuação” (p. 25 do acórdão).

Além de deter o poder de polícia de trânsito, o Município pode “escolher, [por meio de lei], qual carreira do serviço público contemplará as funções de agente de trânsito” (p. 41 do acórdão), com fundamento na capacidade de autoadministração. Esse justo reconhecimento, porém, deve ser compatibilizado com a logicidade constitucional, sobretudo com os limites imanentes ao exercício do Poder de Polícia e com a proibição do desvio de função, como se passa a expor.

2.2. Dos Poderes Administrativos.

A racionalidade do Direito Administrativo, enquanto ramo jurídico do direito público, detém, segundo leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro, um caráter bipolar, pois objetiva a um só tempo a proteção da liberdade individual e assegurar a autoridade da Administração Pública.

Destacam-se, nesse contexto, as prerrogativas públicas e as restrições impostas ao Estado. Com efeito, ao mesmo tempo que aquelas colocam a Administração Pública em posição de supremacia em relação ao particular, essas sujeitam o exercício de sua atividade a intenção de perseguir e alcançar o interesse da coletividade.

O Direito Administrativo nasce e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, **a proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública (...). Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à

observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**. Isto significa que a Administração Pública possui **prerrogativas** ou **privilégios**, desconhecidos na esfera do direito privado.²⁵ (Negritos da autora).

Assim, a concessão de prerrogativas públicas serve, justamente, para operacionalizar a atuação do Estado na busca do bem comum, espelhando o que se convencionou denominar de “poderes deveres” (ou “deveres poderes”), diante da índole eminentemente instrumental que possuem. Com efeito, certos poderes administrativos são verdadeiros mecanismos para que os órgãos e entidades da Administração Pública possam executar suas funções e tarefas, a fim de alcançar o fim público que colimam. Esses poderes são irrenunciáveis, mas somente são exercidos legitimamente enquanto instrumentos necessários à concretização do interesse público.

De mais a mais, aponta a literatura autorizada quatro espécies de poderes a serem exercidos pela Administração Pública, quais sejam: (i) o Poder Normativo (ou Regulamentar); (ii) o Poder Disciplinar; (iii) o Poder Hierárquico e (iv) o Poder de Polícia. Um desses poderes decorre do confronto entre interesse público e interesse privado, cuja dissensão é apta a atrair a atuação do Estado a fim de disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Quando isso ocorre, desponta o exercício do Poder de Polícia.

2.2.1. Do Poder de Polícia.

O Poder de Polícia é, essencialmente, a atividade desempenhada pela Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades individuais para salvaguardar o interesse público. Trata-se de tema sensível do Direito Administrativo, pois reflete

diretamente o antagonismo entre autoridade e liberdade, abrangendo características históricas, políticas e econômicas do Estado.

José dos Santos Carvalho Filho entende ser o Poder de Polícia a “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”²⁶. Este autor, na mesma linha de entendimento engendrada por Celso Antônio Bandeira de Mello, expõe que a expressão “poder de polícia” comporta dois sentidos:

Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbindo da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo seu conteúdo. É princípio constitucional o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como a atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade. É nesse sentido que foi definido por RIVERO, que deu a denominação de *polícia administrativa*. Aqui se trata, pois, de atividade tipicamente administrativa e, como tal, subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos. É nesse sentido que nos concentraremos, porque o tema é inerente ao Direito Administrativo.²⁷ (itálicos no original).

Assim, tomado em sentido estrito, o Poder de Polícia possui fixação de suas linhas fundamentais no Direito Positivo Brasileiro. Além das disposições estatuídas pela Constituição da República de 1988 (com especial destaque para o artigo 145, inc. II²⁸), dispõe o artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966):

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

27 *Idem*, p. 76.

28 Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II – taxas, em razão do exercício do **poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 62.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Examinando sob essa ótica, o Poder de Polícia decorre da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, supraprincípio do Direito Administrativo que atribui um status especial ao Estado nas relações travadas com particulares em geral. Por isso, aplica-se a todos indistintamente, sem necessidade de demonstração de vínculo de natureza especial.

É de se observar, entretanto, que para serem legítimos os atos decorrentes do exercício do Poder de Polícia, tal qual quaisquer outros atos administrativos, devem estar revestidos de todos os requisitos gerais de validade, que são: competência, forma, finalidade, motivo e objeto.

No que pertine à competência, pontifica José dos Santos Carvalho Filho que, a “princípio, [o exercício do poder de polícia compete] a pessoa federativa a qual a Constituição Federal conferiu o poder de regular a matéria”²⁹. Com efeito, a Constituição da República de 1988 organizou a estrutura político-administrativa da República Federativa do Brasil pautada na autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, fixando as linhas básicas do poder de regulamentação de cada um desses entes políticos, além de estabelecer hipóteses em que todos podem atuar simultaneamente (quando configurada competência concorrente –

art. 24 c/c art. 30 da CR/88). Os demais requisitos seguem a mesma acepção extraída do estudo da teoria geral dos atos administrativos.

Superadas essas breves considerações, cumpre aduzir que, conquanto inegável a importância do exercício do Poder de Polícia na sociedade moderna, é certo que esse poder deve ser limitado, de maneira a ser empregado de modo justo, proporcional e coerente aos objetivos que colima. Ora, é justamente a partir dessa perspectiva que se pode distinguir o uso e o abuso de poder: enquanto o uso é o legítimo emprego do poder dever na medida do indispensável ao atendimento do interesse público, o abuso existe quando o poder é exercido além dos limites do estritamente necessário à persecução do interesse coletivo.

Outrossim, merece prestígio a doutrina especializada que achou por bem incorporar, como pressuposto de legitimidade da medida de polícia, o Princípio da Proporcionalidade, no sentido de exigir “uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado”³⁰.

O princípio da proporcionalidade deriva, de certo modo, do poder de coerção de que dispõe a Administração ao praticar atos de polícia. Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade. Em virtude disso, tem a doutrina moderna mais autorizada erigido à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia a existência de uma linha proporcional entre os meios e os fins da atividade administrativa. Como bem observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é preciso que a Administração tenha cautela na sua atuação, “nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei”. Não havendo proporcionalidade entre a medida adotada e o fim a que se destina, ocorrerá a autoridade administrativa em abuso de poder e ensejará a invalidação da medida na via judicial, inclusive através de mandado de segurança.³¹ (Destaques no original).

29 CARVALHO FILHO, 2013, p. 78.

30 DI PIETRO, 2013, p. 129.

31 CARVALHO FILHO, 2013, p. 92.

O Princípio da Proporcionalidade aplica-se ao Poder de Polícia considerado como um todo, e não apenas a algumas fases do chamado “ciclo de polícia”. Como sabido, alguns autores nacionais dividem a atividade de polícia em quatro fases, quais sejam (i) ordem de polícia, (ii) consentimento de polícia, (iii) fiscalização de polícia e (iv) sanção de polícia. Em todas elas, portanto, há de se identificar a justa medida entre os meios e os fins da atividade administrativa de polícia.

Nesse ínterim, o principal elemento limitador do Poder de Polícia é a lei, aqui compreendida tanto como todo o arcabouço normativo (positivado ou não), bem como a “Ordem de Polícia”, que é o preceito legal básico que dá validade à limitação prevista:

O exercício do poder de polícia encontra limites. O primeiro situa-se nos próprios direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal. O poder de polícia pode acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, em benefício do interesse público. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos fundamentais configura limite ao poder de polícia; os direitos fundamentais não podem ser suprimidos. Nem sempre se apresenta fácil situar o ponto onde começa a violação dos direitos fundamentais pelo exercício do poder de polícia. No tocante aos direitos fundamentais, algumas hipóteses emergem. **a) Existe lei disciplinadora do direito fundamental.** Neste caso, o poder de polícia é limitado pelos preceitos da lei, não se admitindo prescrição mais rigorosa que a da lei: as restrições da lei devem ser interpretadas de modo restrito, isto é, no sentido mais favorável ao exercício do direito. Por vezes a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de agravar disposições da lei, em casos especiais, mas sempre de modo temporário. **b) Inexiste lei disciplinadora do direito fundamental.** Neste caso, observadas as regras de competência, a medida de polícia, sempre fundamentada no interesse público, deve ser: **b.1) necessária**, isto é, exigida ante as circunstâncias, para evitar conflitos, desordens, perigo à integridade de pessoas e bens; **b.2) eficaz**, isto é, adequada para evitar perturbações; **b.3) proporcional à gravidade da possível perturbação**; por exemplo: em locais de grande fluxo de pessoas são impostas restrições mais amplas que em locais sem nenhum fluxo de pessoas. Em geral, medidas temporárias podem ser mais rigorosas que medidas gerais e permanentes. **Outro limite ao poder de polícia encontra-se na legalidade dos meios. Os meios e modos de exercício do poder de polícia**

devem estar previstos legalmente. Na ausência de norma, a autoridade competente escolhe os meios, observados os princípios e limites já apontados. Aparecem, ainda, como limites ao poder de polícia as regras de competência, forma, motivo (sobretudo, existência dos fatos invocados e base legal) e o fim de interesse público; caso o poder de polícia seja exercido para fins pessoais, subjetivos ou político partidários, poderá ser caracterizado o desvio de poder ou finalidade.³² (Negrito nosso).

2.3. Do Provimento de Cargos Públicos.

A atuação administrativa rege-se pelos princípios da legalidade, impeccabilidade, moralidade, publicidade e eficiência, segundo dispõe o artigo 37, “caput”, da Constituição da República de 1988. Em vista de tal matiz e à luz do Interesse Público, estabeleceu o legislador constituinte no inciso II do mesmo dispositivo o dever para o Poder Público de, em regra, contratar servidores somente após a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Conforme defendido por este Centro de Apoio em outras ocasiões³³, o sistema normativo brasileiro adota o Concurso Público como princípio a ser observado para o ingresso em cargos e empregos públicos. Inclusive, há precedentes do Supremo Tribunal Federal em que se pretende preservar a força normativa dessa norma. A propósito:

FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva a melhor forma a **força normativa do princípio do concurso público**, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. (...). **O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam**

32 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339.

33 Vide, v.g., as Notas Jurídicas nº 03/2017 e 31/2017.

a **efetividade desse princípio**. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. (Negrito nosso; itálico no original). (Excerto da ementa do Recurso Extraordinário nº. 598.099/MS. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 10/08/2011. Publicação 03/10/2011).

Com efeito, “a Constituição Federal é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da Administração Pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido”.³⁴

Nesse contexto, destacam-se as formas de provimento em cargo público, especialmente as formas de provimento derivadas. Isso porque, para ocupar um cargo público, o ordenamento jurídico exige que ocorra um ato administrativo constitutivo hábil a promover tal ingresso, qual seja, o provimento. Como assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro: “provimento é o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função”³⁵.

O provimento pode ser originário ou derivado. Considerando os cargos públicos de caráter efetivo, o provimento originário é aquele que não depende de vinculação jurídica anterior e se concretiza por meio da nomeação. Por outro lado, nas situações de provimento derivado, o cargo público será atribuído a um servidor que já tenha uma relação anterior com a Administração Pública, podendo se concretizar, ainda, no plano vertical ou horizontal.

O provimento derivado vertical é a promoção. O provimento derivado horizontal, a seu turno, pode ser constatado, por exemplo, na readaptação, na recondução e no aproveitamento. Essas hipóteses são admissíveis na ordem jurídica implementada pela Constituição da República de 1988, ao contrário do que se vislumbra com os institutos da

transferência e da ascensão. Em apertada síntese, a ascensão (ou acesso) pode ser compreendida como a progressão funcional para cargo de carreira distinta (e de nível mais elevado), enquanto a transferência é o deslocamento para cargo de carreira diversa, mas de mesmo nível hierárquico em relação ao que ingressara o servidor.

Essas vetustas formas de provimento, como bem se sabe, constituem modos de ingresso em cargos ou carreiras diversos daquele para a qual o servidor ingressou por intermédio do concurso público. Como as ordens jurídicas anteriores exigiam concurso apenas para “a primeira investidura nos cargos públicos”³⁶, inexistia incompatibilidade na mudança de um quadro funcional para outro ou na passagem de uma carreira para outra, havendo vozes que pugnavam pela obrigatoriedade do concurso público somente para o ingresso originário no serviço público.

Ocorre que com o atual texto da Constituição, em que se suprimiu o adjetivo “primeira” que qualificava o termo “investidura”, não se admite mais quaisquer formas de provimento sem que antes haja a aprovação em concurso público. Efetivamente, foi robustecido o preceito constitucional de regência, antes mais maleável e inanimado perante práticas abusivas na praxe administrativa.

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: (...).

36 Constituição de 1937 (art. 156 – O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: [...] b) a **primeira investidura** nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos) | Constituição de 1946 (Art 186 – A **primeira investidura** em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.) | Constituição de 1967 (Art 95 – Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º – A **nomeação** para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. [lembrar que nomeação é forma de provimento originário]) | Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 “Constituição de 1969” (Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. § 1º A **primeira investidura** em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.).

34 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 818-819.

35 DI PIETRO, 2013, p. 664.

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Destacamos).

Por conseguinte, Alexandre de Moraes apropriadamente conclui:

Importante, também, ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, **inclusive às hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido.** Dessa forma, claro o desrespeito constitucional para investiduras derivadas de prova de títulos e da realização de concurso interno, por óbvia ofensa ao princípio isonômico. **Em conclusão, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público.**³⁷ (Negritamos).

Desse modo, a adoção do Princípio do Concurso Público para o ingresso em cargos ou empregos públicos é uma conquista do processo de redemocratização recentemente emergido na república brasileira. Como valioso instrumento democrático que é, se presta não só a seleção de

pessoas mais qualificadas para o desempenho de funções públicas, mas também ao resgate da transparência, da credibilidade e do implemento de condições igualitárias de acesso a postos de trabalho no Poder Público. Como bem acentua Fabrício Motta:

O instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos. Seguindo as lições citadas, deve o operador do direito guiar-se pelos “princípios-maiores” que ocupam o núcleo central da ideia de concurso público: **o princípio democrático, fulcrado na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais; o princípio da isonomia, consistente na garantia de igualdade de tratamento e vedação de privilégios e discriminações injustificadas; e o princípio da eficiência que impõe à Administração a seleção transparente e objetiva dos que mais atributos** – méritos, qualificações, aptidões – possuem para se adequar ao necessário oferecimento de um serviço eficiente. É relevante ainda destacar a sempre presente necessidade de obedecer aos “reclamos de probidade administrativa”, utilizando a expressão de Celso A. Bandeira de Mello.³⁸ (Destaque nosso).

2.3.1 – Do Desvio de Função

Diante das considerações acima e atento aos elementos que ensejam a inconstitucionalidade de qualquer forma de provimento em cargo público - salvo as próprias exceções constitucionais, como os cargos admissíveis e demissíveis *ad nutum* - sem a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (na toada da súmula vinculante nº. 43³⁹), bem como diante da patente violação ao Princípio do Concurso Público o ato de deslocar servidores públicos para outros cargos ou funções diversos daqueles para os quais foram originariamente admitidos, passa-se a expor a semelhança existente entre o instituto da transferência (não mais admissível em nosso

37 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 328.

38 MOTTA, Fabrício. *Concursos Públicos e o Princípio da Vinculação ao Edital*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43864/44722>. Acesso em 08 de maio de 2019.

39 Súmula Vinculante 43 – É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

atual ordenamento jurídico) e a irregular prática do desvio de função, ambos igualmente atentatórios à Constituição da República.

O desvio de função existe quando o servidor público passa a desempenhar atividades exclusivas de outro cargo e que são distintas daquelas afetas para o qual fora investido, configurando, portanto, disparidade fática entre as atribuições formalmente outorgadas por lei e as que são efetivamente exercidas.

Ora, como se sabe, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor (art. 3º da Lei nº. 8.112/1990), de modo que as atribuições inerentes a determinado cargo são prévia e especificamente imputadas por lei.

Na esteira da doutrina, cargo público e função pública são conceitos diversos, mas imbricados entre si:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.⁴⁰

A função pública é o conjunto de atividades atribuídas a um cargo ou emprego público, seja este cargo isolado ou de carreira, para provimento efetivo, vitalício ou em comissão. Com efeito, pode-se definir que todo cargo ou emprego público deve ter função estipulada por lei, que corresponde às tarefas a serem executadas pelo servidor público que, de forma lícita, o ocupar. Trata-se da atividade pública, propriamente dita e, cada uma destas funções, deve ser criada e extinta mediante a edição de lei, haja vista integrar a estrutura organizacional da Administração Pública, para cumprimento de suas finalidades.⁴¹

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem

toda função pressupõe a existência do cargo. O titular do cargo se caracteriza como servidor público estatutário.⁴²

Dessa maneira, constitui direito, e também dever do servidor público, o exercício das funções próprias de seu cargo, assegurando-se em contrapartida a remuneração equivalente na forma da lei. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha, i. Ministra do Supremo Tribunal Federal, afirma que:

Com o início de exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o de desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro. (...). Dá-se o nome de desvio de função quando o servidor é nomeado e investido em um cargo público e passa a desempenhar funções inerentes a outrem, mediante ato que o designa para tanto, sem qualquer comportamento formal.⁴³

Assim sendo, quando o servidor público realiza funções privativas de cargo diverso do seu, é notória a burla à obrigatoriedade de Concurso Público, constituindo causa de nulidade do ato de nomeação, conforme determina o artigo 37, § 2º, da Constituição da República de 1988. Vide, portanto, a semelhança entre os institutos da “transferência” e do “desvio de função”, sobretudo no que pertine ao viés prático:

40 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 524.

41 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 792.

42 CARVALHO FILHO, 2013, p. 611.

43 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 233.

Transferência	Desvio de Função
É forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. Trata-se de provimento derivado horizontal não mais admitido na atual ambiência constitucional;	O desvio de função de servidor público consiste no exercício, de forma não excepcional, não transitória e/ou sem contraprestação específica, de atividades diversas das inseridas no rol legal das atribuições previamente determinadas que devem ser acometidas ao titular do cargo efetivo em que ele foi provido ¹ . Trata-se de uma figura anômala dentro do serviço público;
Opera-se “entre cargos da mesma carreira, mas de quadros diversos, ou entre cargos de mesmo quadro, mas de carreiras diferentes, ou entre cargo isolado e de carreira, e vice-versa, ou, finalmente, entre cargos isolados” (trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na ADI 231/RJ). Ocorre que, como todo cargo público corresponde a uma função pública, o servidor público acaba por desempenhar atribuições próprias – função – de outro cargo;	Consiste no exercício de funções relativas a outro cargo que o servidor público não ocupa efetivamente;
Por ser incompatível com a Constituição da República de 1988, se sobrevier lei regulamentando seu implemento, sofrerá essa lei de inconstitucionalidade material (ou nomoestática);	Como cada cargo público corresponde a um conjunto de atribuições e responsabilidades (função), o desvio de função é prática ilegal, afrontando a lei que instituiu o cargo. De toda sorte, também viola a Constituição da República, porque vulnera o Princípio do Concurso Público;
Razão determinante para a nulidade do provimento e a punição da autoridade responsável, conforme art. 37, § 2º, CR/88;	Fato habitualmente encontrado nos órgãos e entidades da Administração, podendo, inclusive, configurar a prática de ato de improbidade administrativa;
<u>Na prática, o servidor público exerce atribuições diversas daquelas próprias do cargo público em que fora investido.</u>	<u>Na prática, o servidor público exerce atribuições diversas daquelas próprias do cargo público em que fora investido.</u>

Nesse sentido, o desvio de função “cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções e precisa ser coibida”⁴⁴, tal como outrora combateu-se e extirpou-se do ordenamento jurídico e da praxe administrativa o instituto da transferência. Ambos os institutos violam a Constituição da República, pelo que não podem ser convalidados:

44 (Footnotes) ANDRADE, Marlon. **O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa**. Disponível em: https://www.antcbrasil.org.br/admin/uploads/artigo_marlon_andrade_revista_usp_desvio_de_funcao.pdf. Acesso em 08 de maio de 2019.

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. ENQUADRAMENTO EM CARGO DIVERSO DAQUELE EM QUE FOI INICIALMENTE INVESTIDO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 37, INCISO II, DA CF/88. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Viola a Constituição Federal o enquadramento de servidor, sem concurso público, em cargo diverso daquele de que é titular. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento firmado no sentido da impossibilidade de convalidação da situação do servidor em desvio de função, seja para efetivá-lo no cargo ou para lhe deferir o pagamento da diferença remuneratória correspondente. Precedentes: RE nº 83.755/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Antonio Neder, RTJ 98/734; RE nº 83.755/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Thompson Flores, RTJ 98/734; e MS nº 20081/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 1º/10/76.

2. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando esses cargos não estão compreendidos em uma mesma carreira. Precedentes: RE nº 644.483/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 4/10/11; RE nº 311.371/SP-AgR-ED, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 5/8/05; RE 219.934/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ de 16/2/01; RE nº 209174, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/3/98; RE nº 165.128, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 15/3/96.

3. Agravo regimental não provido.

STF. AR 2137 AgR, Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 19/09/2013. Publicação 26-11-2013. (Negrito nosso).

Em epítome, diante da gravosa mácula que pode provocar, é impossível admitir o “desvio de função”, ainda que se manifeste sob o argumento de prestigiar o interesse público ou a eficiência administrativa. Como visto, tal como a transferência, o desvio de função despreza os princípios comezinhos da Administração Pública, dentre os

quais se destaca o Princípio do Concurso Público, cuja densidade axiológica encontra procedência no ideal democrático (art. 1º, “caput”, da CR/88).

3 – Análise do caso concreto trazido pela Promotora consulente.

A consulta promovida questiona a legalidade de ato do Diretor do Departamento Municipal de Transportes e Trânsito do Município de Lagoa Santa (DEMUTRAN) em capacitar servidores municipais ocupantes dos mais diversos cargos públicos naquela municipalidade para exercerem, temporariamente, as funções do cargo de agentes de trânsito até que seja realizado concurso público para o provimento próprio de dito cargo.

Infere-se dos documentos juntados ao presente PAAF que o Diretor do DEMUTRAN informou que tal exercício temporário das funções do cargo de agente de trânsito, por servidores de cargos diversos, encontra fundamento jurídico nas razões do voto do Ministro Luís Roberto Barroso nos autos do RE Nº658570; que a designação para o exercício dessa função seria inicialmente apenas de servidores que executavam atribuições similares. Entretanto, posteriormente, admitiu-se a possibilidade de servidores de outras áreas (v.g., limpeza urbana, protocolo e saúde) serem aproveitados para esse mesmo fim.

Por fim, informa que para capacitar os servidores civis municipais que exerceriam a função de agente de fiscalização de trânsito, o DEMUTRAN preparou um curso de formação a ser ministrado por professores com nível superior e grande experiência na área policial, com 200 (duzentas) horas de duração, que seria realizado no período de 15/10/2018 a 22/12/2018. Entretanto, o curso foi suspenso até final pronunciamento do Ministério Público acerca do tema em epígrafe.

A Lei nº 3.241/2012⁴⁵ do município de Lagoa Santa, traz em seu Anexo II a descrição dos cargos que compõem a estrutura organizacional do Município, de onde se extrai as atribuições do cargo de agente de trânsito:

45 Dispõe sobre a estrutura do plano de cargos e vencimentos da Prefeitura Municipal de Lagoa Santa/MG, estabelece normas de reenquadramento, institui nova tabela de vencimentos e dá outras providências.

ANEXO II DESCRIÇÕES DE CARGOS

(...)

Agente de Trânsito

PATRULHAR OSTENSIVAMENTE VIAS PÚBLICAS

Elaborar boletim de ocorrência

Interditar via pública em condições adversas

Auxiliar usuário na via pública

Trabalhar em parcerias com outros órgãos para fiscalização

Auxiliar na retirada de animais da faixa de domínio da via

Escortar veículos e cargas especiais

Realizar comboios de veículos

Acionar meios para extinção de focos de incêndio às margens da via

MANTER A FLUIDEZ E SEGURANÇA DO TRÂNSITO URBANO E RODOVIÁRIO

Monitorar trânsito em unidades móveis

Interagir em situações emergenciais

Remover obstáculos da via pública

Sinalizar obstáculos na via pública

Criar rotas alternativas para o tráfego

Solicitar auxílio para desobstrução total da via

Orientar condutores por meio de gestos e apitos

Atuar em interseções de vias

Monitorar trânsito em postos fixos de observações

Sinalizar existência de obras nas vias públicas

Prestar informações sobre trânsito

Solicitar manutenção de vias públicas

Sincronizar semáforo às condições de trânsito

Intervir no tráfego em situações de eventos

Sugerir medidas para melhoria do trânsito

FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DAS LEIS DE TRÂNSITO

Abordar veículos para fiscalização

Analisar documentação do condutor e do veículo

Vistoriar estado de conservação de veículos

Fiscalizar transporte de produtos perigosos e controlados

Autuar infratores

Vistoriar veículo em processo de remoção

Lacrar veículo para remoção

Documentar processo de remoção de veículo

Participar de bloqueios na via pública para fiscalização

Advertir condutores

Operar equipamentos de controle de velocidade de veículos

Fiscalizar sistema de transportes públicos rodoviários

Fiscalizar serviços de escolta

Apreender veículo

Reter veículo até que seja sanada irregularidade constatada

Fiscalizar dimensões e peso de cargas e veículos

COLABORAR COM SEGURANÇA À PÚBLICA

Promover segurança nas escolas e imediações

Proferir palestras de orientação à sociedade

Prestar assistência aos transeuntes

Acionar autoridades competentes de acordo com cada ocorrência

Prestar segurança na realização de eventos públicos

Prestar assistência à população em casos de calamidades públicas

PROTEGER OS BENS PÚBLICOS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES

Proteger próprios municipais

Prestar assistência ao cumprimento da legislação municipal

E demais atividades correlatas à função

Também infere-se de mencionada lei, em seu art. 47, a possibilidade de deslocamento de um servidor para exercício em órgão diverso, desde que haja prévia autorização do Chefe do Executivo e que seja para fim determinado e por prazo certo e que **não haja desvio de função**:

Art. 47 O afastamento de servidor do órgão em que estiver lotado, para ter exercício em outro, só se verificará mediante prévia autorização do Prefeito Municipal de Lagoa Santa, para fim determinado e por prazo certo.

Parágrafo único. Atendido sempre o interesse do serviço, o Prefeito Municipal de Lagoa Santa poderá alterar a lotação do servidor, ex-officio ou a pedido, **desde que não haja desvio de função** ou alteração de vencimento do servidor. (Negrito nosso).

Pois bem. Como visto alhures, o exercício do poder de polícia de trânsito não se dá ao alvedrio da Administração Municipal, Estadual e Federal. Antes, a execução de qualquer prerrogativa pública (ou poder-dever) deve se compatibilizar com a mensagem deontica da Constituição da República de 1988. O exercício do poder de polícia encontra limites, cujo principal elemento limitador é a lei, razão pela qual tal exercício deve constar expressamente das funções de determinado cargo público.

Diferentemente do interpretado pelo DEMUTRAN, o Ministro Luís Roberto Barroso, no voto condutor do RE 658570/MG, ao afirmar o poder de auto-organização do Município no sentido da não necessidade de que o poder de polícia de trânsito seja exercido apenas por integrantes da carreira dos agentes de trânsito, nos termos do art.144, §10, II, da CR/88, deixou bem claro que o legislador municipal é quem irá escolher qual carreira exercerá a função de agente de trânsito, senão vejamos:

o art. 144, §10, da CF “exigiria tão-somente o exercício da função de agente de trânsito por agente público – e, nesse sentido, estruturado em carreira. A escolha de qual carreira do serviço público contemplará as funções de agente de trânsito fica a cargo do legislador estadual e municipal, sendo perfeitamente possível recair, nessa última hipótese, sobre a guarda municipal, como aliás, é comum no país.”

Isso porque, conforme já dito, o exercício do poder de polícia, dentre eles o poder de polícia de trânsito, deve constar das atribuições de determinado cargo, seja ele exclusivo de agente de trânsito ou não.

Portanto, o Município, ou melhor, o Poder Executivo Municipal, não pode escolher qualquer servidor público, de qualquer carreira de seu quadro funcional, para o exercício do poder de polícia de trânsito. Tal poder deve constar, legalmente, das atribuições do cargo, sob pena de ilegitimidade da atuação do agente público.

A alocação de servidores públicos civis municipais para o desempenho de atividades completamente estanques e dissociadas da função afeta ao cargo público titularizado originalmente, principalmente quando tais atividades envolvem o poder de polícia, como quer proceder o DEMUTRAN, não pode ser admitida, a uma porque tais servidores não titularizam cargo que lhes permitem o exercício do poder de polícia, a duas porque tal alocação caracteriza desvio de função.

3) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e sem caráter vinculante, conclui este Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público pela inadmissibilidade do emprego de servidores públicos ocupantes de cargos públicos cujo rol de funções não preveem aquelas de fiscalização do trânsito nas vias do município, como noticia o Diretor do DEMUTRAN, a uma porque tais servidores não titularizam cargo que lhes permitem o exercício do poder de polícia, a duas porque tal alocação caracterizaria desvio de função.

São essas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculante e respeitada a independência funcional da Douta Promotora de Justiça Natural.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público