

Procedência: Secretaria de Estado de Defesa Social

Interessado: Subsecretaria de Administração Penitenciária e Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Número: 14.719

Data: 22 de novembro de 2006

Ementa:

REMOÇÃO – ATO DISCRICIONÁRIO – REQUISITOS FIXADOS EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO – MODIFICAÇÃO – COMPETÊNCIA – LIMITES – INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO – MOTIVAÇÃO – RESPEITO ÀS COMPETÊNCIAS DO CARGO.

Relatório

Trata-se de ofício encaminhado pelo Subsecretário de Administração Penitenciária a propósito da lotação e remoção dos candidatos aprovados e nomeados no concurso público para provimento do cargo de Agente de Segurança Penitenciário conforme o edital SEPLAG 02/2004 e regiões administrativas previstas na Lei Estadual nº 11.962, de 30.10.95.

Segundo o ilustre Subsecretário, após a nomeação dos servidores, 280 novos agentes requereram transferência para unidades penais localizadas em regiões abrangidas ou não pelo edital do concurso, “na maior parte dos casos, questões de ordem familiar, que estariam sendo prejudicadas em função da distância entre a unidade de trabalho e o município de origem do servidor.” Esclarece que a Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social mostrou-se favorável à efetivação das transferências, se obtida a anuência do servidor e presente o interesse da Administração, sendo que o parecer da SEPLAG opinou em sentido contrário, mesmo para atendimento do interesse administrativo da Subsecretaria de Administração Penitenciária, ao que acresce:

“Deve-se esclarecer que esta Subsecretaria tem interesse na realização das transferências para que se possa compor nas unidades que ainda não têm servidores efetivos um grupo de guarda externa, armada, conforme a legislação vigente. Segundo entendimentos mais comuns, apenas o servidor efetivo pode portar armamento em serviço.”

É o breve relatório. Passo a opinar.

Parecer

Preliminarmente, é mister fixar que a lotação dos servidores em cargos efetivos consubstancia competência discricionária da Administração, dependente de uma avaliação técnica das necessidades públicas. Com efeito, é com base no exame das demandas reais em determinadas localidades e dos cargos existentes e vagos naquela unidade que o Estado exerce o seu juízo de conveniência e oportunidade administrativa.

Não só os atos de lotação, mas também os de remoção do servidor público possuem natureza discricionária, condicionando-se às necessidades do Poder Público. Assim sendo, designar o local de exercício da competência pelo servidor consubstancia discricionabilidade administrativa que pode ser exercida visando a qualidade e a efetividade da prestação do serviço em locais diversos. Servidores, mesmo os estatutários que já adquiriram estabilidade, não possuem o direito à inamovibilidade e também não possuem direito à transferência se ausente necessidade pública. Afinal, o benefício da inamovibilidade somente é concedido por lei a determinados agentes públicos como é o caso dos magistrados, dos membros do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública. Outrossim, a designação do local de exercício do cargo decorre apenas do interesse administrativo concretamente demonstrado.

Inúmeras são as decisões reconhecendo à Administração poder discricionário de decidir o local de prestação de serviço pelos servidores, tendo em vista o interesse público presente na espécie:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LOTAÇÃO. MANUTENÇÃO NA INSTITUIÇÃO PARA A QUAL JÁ PRESTAVAM SERVIÇOS ANTES DO CERTAME. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

A lotação do servidor público é ato discricionário do Poder Público, salientando-se que, na hipótese, a instituição para a qual as recorrentes já prestavam serviços antes do certame nem mesmo estava incluída no edital.

Recurso desprovido.” (ROMS nº 19.053-MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, julgado em 19.05.05, DJU de 27.06.05, p. 418)

“Não existe a garantia da inamovibilidade para o servidor público municipal, já que se amolda ao âmbito do poder

discricionário da Administração Pública a possibilidade de remover seus funcionários, de acordo com o interesse público, sem que isto constitua qualquer ilegalidade.” (Apelação Cível nº 1.0133.02.001076-4/001, rel. Des. Cláudio Costa, 5ª Câmara Cível do TJMG, julgada em 26.08.04, DJMG de 24.09.04)

No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 1.0000.03.400067-9/000, rel. Des. Silas Vieira, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJMG, julgado em 18.02.04, DJMG de 12.05.04)

O Tribunal de Justiça já decidiu que só ao Poder Público é dada a conveniência e a oportunidade de verificar o interesse público e a necessidade do serviço, sendo certo que:

“O servidor não se encontra legitimado a opor resistência em caso de ser transferido de local de trabalho, ante a prerrogativa do Poder Público em designar a unidade necessária ao serviço do seu funcionário, posto que não há a garantia da inamovibilidade para o servidor público, estando no âmbito do poder discricionário da Administração Pública a possibilidade de remover e lotar seus funcionários, de acordo com o interesse público, sem que isto constitua qualquer ilegalidade.” (Apelação Cível nº 1.0400.02.006276-8/001, rel. Des. Duarte de Paula, 8ª Câmara Cível do TJMG, julgada em 24.02.05, DJMG de 03.06.05)

Delineando a mesma linha de raciocínio, tem-se lição de Hely Lopes Meirelles no sentido de que o poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, inclusive de fazer provimentos e lotações de servidores, é da Administração Pública, sendo certo que os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções (“Direito Administrativo Brasileiro”, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 402 e 404), ao que acresce:

“Por lei se instituem os cargos e funções; por decreto se movimentam os servidores, segundo as necessidades do serviço. A lotação e relotação constituem prerrogativas do Executivo, contra as quais não se podem opor os servidores, desde que feitas na forma estatutária. Na omissão da lei,

entende-se amplo e discricionário o poder de movimentação dos servidores, por ato do Executivo, no interesse do serviço, dentro do quadro a que pertencem." ("Direito Administrativo Brasileiro", 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 405).

Afinal, é indubitável que a realização de concurso público, a nomeação e lotação dos aprovados, bem como a remoção dos servidores são condutas afetas à discricionariedade do Administrador, condicionadas à existência de cargos vagos, à compatibilidade das funções destes com as atribuições dos órgãos, bem como a inúmeros outros aspectos da conveniência pública.

Cabe fixar, nesse contexto, que é possível à Administração limitar, já no edital de concurso público, a discricionariedade que lhe é reconhecida pelo ordenamento e, por liberalidade, fixar um lapso temporal dentro do qual não se admite a remoção dos servidores. No caso em exame, é certo que o edital SEPLAG 02/2004, regulatório do concurso público para provimento de cargos de Agente de Segurança Penitenciário, estipulou no item 2.7.2.:

"2.7.2. O candidato aprovado, nomeado e investido no cargo de Agente de Segurança Penitenciário, somente poderá ser removido de sua unidade de exercício depois de cumprido o estágio probatório, salvo em situações excepcionais, a critério da Administração Pública, para os estabelecimentos prisionais localizados nas Regiões Administrativas constantes do item 2.7."

Tem-se, em razão da transcrita regra editalícia, um juízo preliminar da própria Administração Pública estabelecendo a impossibilidade de, ainda no período de estágio probatório, remover servidores. A única exceção prevista no edital cinge-se a "situações excepcionais" assim qualificadas pela Administração Pública, hipótese em que se admite a remoção para "estabelecimentos prisionais sediados nas Regiões Administrativas do Vale do Paranaíba, Alto do Paranaíba e Noroeste" (item 2.7.).

Destarte, conforme o exercício discricionário levado a efeito quando da elaboração do edital, para se mostrar cabível o deferimento dos pedidos realizados pelos 280 novos agentes que, em estágio probatório, requereram transferência com base em questões de ordem familiar, seria

necessário: a) que a Administração considerasse presente situação excepcional capaz de justificar o ato de remoção (requisito material e técnico); b) que tal remoção fosse pleiteada exclusivamente para as Regiões Administrativas do Vale do Paranaíba, Alto do Paranaíba e Noroeste (requisito territorial). Ausente qualquer dos requisitos, inadmissível, nos termos do item 2.7.2 do edital, a transferência.

Importa esclarecer que o edital de concurso não é apenas uma garantia do candidato, para que este não sofra abusos por parte da Administração. Trata-se de uma norma regulatória interna da Administração que vincula tanto terceiros quanto a própria estrutura do Estado, evitando abusos, bem como mutações casuísticas no juízo de conveniência pública que coloquem em risco os interesses dos agentes e dos cidadãos.

No entanto, é certo que o exercício de uma competência discricionária, como aquela com base em que é elaborado o edital de concurso público, não implica juízo definitivo e imutável sobre uma dada realidade administrativa. É possível que, diante de fatos supervenientes, a própria autoridade que a exerceu “ab initio” modifique o juízo técnico realizado anteriormente. E não só a própria autoridade pode fazê-lo, como também as autoridades hierarquicamente superiores e os agentes públicos que, fora da linha hierárquica, tenham recebido competência expressa no ordenamento para tanto.

Em outras palavras: os requisitos material e territorial limitadores dos pretendidos atos de remoção dispostos no item 2.7.2. do edital podem ser modificados se entenderem cabível sua alteração: a) as próprias autoridades signatárias, em conjunto, do edital (Comandante Geral da PMMG, Chefe da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, Secretário de Estado de Defesa Social e Secretário de Estado de Planejamento e Gestão); b) o superior hierárquico de tais autoridades na estrutura do Estado de Minas Gerais (o Governador do Estado); c) agente público que, fora da linha hierárquica, tenha recebido competência expressa e própria para tanto.

Quanto à última hipótese, é mister esclarecer, com a devida vênia, que não se entende que os artigos 2º e 21 da Lei Delegada Estadual nº 56/03 c/c o artigo 2º do Decreto nº 43.295/03 impliquem previsão de atribuição para a Secretaria de Estado de Defesa de Pessoal, por meio da Subsecretaria de Administração Penitenciária, alterar, isoladamente, os critérios dispostos no edital. Destarte, não seria competência do Subsecretário de Defesa Social alterar, sozinho, os requisitos do ato de remoção dispostos pelo Secretário de

Estado de Defesa Social, pelo Comandante Geral da PMMG, pelo Chefe da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais e pelo Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, no exercício simultâneo das respectivas atribuições.

Pelo princípio da simetria ou paralelismo das formas, somente as autoridades competentes para elaborar o complexo juízo técnico de necessidade administrativa quando do edital podem, em conjunto, modificar a regra em vigor (item 2.7.2 c/c item 2.7). Pelo princípio da hierarquia administrativa, a autoridade pública que lhes seja superior possui idêntica competência, donde se conclui também ser lícito ao Governador do Estado alterar os requisitos necessários para a remoção de agentes de segurança penitenciário.

Fixada a competência daqueles que, subjetivamente, podem alterar os atuais limites ao exercício da competência discricionária relativa aos atos de remoção o Governador do Estado ou, em conjunto, o Comandante Geral da PMMG, o Chefe da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, o Secretário de Estado de Defesa Social e Secretário de Estado de Planejamento e Gestão), é mister observar outros pressupostos que incidem, cumulativamente, na espécie. Afinal, o fato de ser discricionária a alteração dos requisitos do ato de remoção não afasta a necessidade de que sejam atendidos outros pressupostos exigíveis de qualquer comportamento público: a necessidade de o mesmo fundamentar-se no interesse público primário e o cumprimento do dever de motivação, implícito no próprio texto constitucional.

Sendo assim, para que se mostre possível a alteração dos limites dispostos nos itens 2.7.2. e 2.7. do edital, é imperioso que se demonstre a conveniência - em favor dos interesses da sociedade - de que tal mutação ocorra. É indispensável que haja indicação pontual e objetiva das razões fáticas e dos fundamentos jurídicos aptos a embasar o novo juízo técnico. Isto principalmente em se considerando que já se encontra na 5ª fase o concurso SEPLAG 05/2005 para o mesmo cargo, relativamente às Regiões de Itamarati de Minas, Vale do Aço, Vale do Mucuri e Rio Doce, tendo sido as vagas desse novo certame identificadas conforme as regras pertinentes à remoção até então vigentes. Referido contexto evidencia ser inadmissível ignorar a repercussão de eventual mutação em face de terceiros de boa-fé (candidatos do novo certame seletivo), atraindo o princípio da segurança jurídica na espécie.

Registre-se que o interesse a ser perseguido pela Administração Pública e pretendido pelos agentes só é legítimo se coincide com o interesse da sociedade amparado no ordenamento. O único interesse público que é lícito ao

Estado perseguir é o primário, porquanto não divergente dos interesses da coletividade e delimitado pelos paradigmas normativos da ordem jurídica. É este interesse coincidente com a soberania popular que deve prevalecer em todos atos estatais, de natureza vinculada ou discricionária, porquanto decorrente, genericamente, do Direito Público. Segundo Hidemberg Alves da Frota, “A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais.” (RDA, v. 239, jan/mar de 2005, p. 53-54) Inadmissível ignorar a necessidade social de equilíbrio nas expectativas relativas às relações jurídico-administrativas.

Atentando para a repercussão desses entendimentos no caso em exame, é certo que cabe às autoridades administrativas competentes aferir a conveniência, ou não, de se alterar os critérios limitadores do ato de remoção de Agentes de Segurança Penitenciário. Malgrado seja clara a natureza discricionária da referida avaliação, é imperioso que sejam indicadas as razões fáticas e jurídicas com base em que entende oportuna tal modificação. Em outras palavras, a conveniência administrativa em permitir atos de remoção, durante o estágio probatório, segundo critérios diversos dos inicialmente postos no edital do concurso público 2004 deverá se mostrar incontroversa, fundada em elementos objetivos e jurídicos claramente indicados.

Não é em outro sentido a orientação dos demais Pretórios:

“1. A teor do disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.784/99 os atos da Administração Pública devem conter a motivação correspondente, sob pena de eiva de nulidade. Portanto, para a efetivação de Portaria para remoção ex officio constitui requisito essencial a prévia existência de motivo.

2. Correta a concessão da segurança que reconhece a ilegalidade da Portaria 447/2002/DG/DPF, de 7 de maio de 2002, pela inexistência de motivação que lhe confira suporte.

3. Remessa oficial desprovida.” (Remessa Ex Officio em MS nº 2002.34.00.013681-3-DF, rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, 2ª Turma do TRF 1ª Região, DJU de 16.11.05, p. 71)

Destarte, para que se tenha a regularidade das remoções pretendidas é necessária a indicação, pelas autoridades competentes para modificar o juízo técnico disposto nos itens 2.7.2. e 2.7 do edital SEPLAG nº 02/2004, das razões concretas que formaram seu convencimento a propósito da conveniência administrativa superveniente diversa da inicial, bem como do amparo jurídico na supremacia do interesse público primário e em face da segurança jurídica incidente na espécie.

Somente será atendido o princípio da juridicidade se, aliado ao cumprimento dos pressupostos específicos de competência decorrentes dos diplomas legais de regência, evidenciar-se a presença do interesse público em estipular critérios que admitam a remoção de Agentes de Segurança Penitenciário ainda em estágio probatório para outras regiões que não Vale do Paranaíba, Alto do Paranaíba e Noroeste. É condição, portanto, que decorra de manifesto interesse público viabilizar o exercício dos cargos em localidade diversa das mencionadas no item 2.7. do edital. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já decidiu:

“Mesmo em relação aos atos administrativos oriundos do poder discricionário, não se dispensam a evidenciação de competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa.” (Reexame Necessário nº 1.0699.04.039007-1/001, rel. Des. Gouvêa Rios, 1ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 24.06.05)

Não se ignore, ainda, a necessidade de, ao estipular as condições que eventualmente passarão a reger os atos de remoção, respeitar as atribuições do cargo para o qual o concurso foi realizado, bem como as competências aferidas no certame. Remoção não pode servir para vincular servidor a atividades diversas daquelas integrantes do cargo que disputou no concurso e para cujo exercício demonstrou possui aptidão técnica durante o procedimento seletivo.

Não se admite que o fato de alguém ser titular de um cargo público, de provimento efetivo, possa, validamente, propiciar exercício de atividades diversas das atribuições do referido cargo. Em outras palavras, é inadmissível que a possibilidade de transferência de servidores de uma localidade a outra leve à violação do inciso II do artigo 37 da Constituição da República. Repita-se, pois, que o inaceitável, em termos estritamente jurídicos, é valer-se,

artificialmente, do instituto da remoção para se furtar ao cumprimento de exigência de ordem constitucional, realizando provimentos derivados não excepcionados no texto magno da regra da obrigatoriedade do concurso público.

Entendimento em sentido contrário significaria retrocesso de praticamente duas décadas, com retorno da balbúrdia estrutural abolida com o advento da Constituição vigente. Na verdade, antes mesmo da CR/88, autores como Márcio Cammarosano já afirmavam:

“Para efeito de provimento de cargo público, ninguém, pelo simples fato de já ser funcionário, pode ser privilegiado a ponto de se ver livre da concorrência de quaisquer eventuais interessados que preencham os requisitos legais. A reserva de determinados cargos para provimento derivado só é possível se houver razão lógica que a justifique, aferível à luz do interesse público, que o Estado deve perseguir, e que não se confunde com o particular interesse do funcionário em galgar cargos mais elevados, de natureza profissional diversa daquele de que já é titular.” (“Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro”, SP, Revista dos Tribunais, 1984, p. 107)

Manifesto, portanto, que a alteração dos requisitos dispostos no edital SEPLAG 02/2004 para provimento de cargos vagos de Agente de Segurança Penitenciário relativamente aos atos de remoção dos candidatos em estágio probatório depende: a) do respeito à competência das autoridades administrativas que podem modificar o juízo de conveniência técnica; b) da demonstração da presença do interesse público primário e da indicação das razões fáticas e jurídicas que evidenciam a pertinência da alteração; c) da não ofensa à segurança jurídica, nem mesmo à regra do artigo 37, II da Constituição da República, estando portanto vedada a alteração das atribuições dos cargos públicos em questão.

Conclusão

Pelas razões expostas, opino pela necessidade de que sejam em princípio observadas as restrições impostas nos itens 2.7.2 e 2.7 do edital SEPLAG 02/2004 relativamente à remoção dos candidatos aprovados no concurso para provimento de cargos vagos de Agente de Segurança Penitenciário e ainda em estágio probatório, quais sejam: a) que a Administração

evidencie tratar-se de situação excepcional capaz de justificar o ato de remoção (requisito material e técnico); e b) que tal remoção seja pleiteada exclusivamente para as Regiões Administrativas do Vale do Paranaíba, Alto do Paranaíba e Noroeste (requisito territorial).

Admite-se a alteração dos mencionados requisitos limitadores dos atos de remoção se observadas, cumulativamente, as seguintes condições:

1) que a modificação seja realizada pelas autoridades administrativas competentes (o Governador do Estado ou, em conjunto, o Comandante Geral da PMMG, o Chefe da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, o Secretário de Estado de Defesa Social e Secretário de Estado de Planejamento e Gestão) com base em fatos supervenientes ao edital SEPLAG 02/2004 para provimento de cargos vagos de Agente de Segurança Penitenciário;

2) que haja indicação pontual e objetiva das razões fáticas e dos fundamentos jurídicos aptos a embasar o novo juízo técnico no sentido da conveniência, em favor dos interesses da sociedade, de que tal mutação ocorra (dever de motivação e presença do interesse público primário);

3) que não haja ofensa à segurança jurídica, nem mesmo à regra do artigo 37, II da Constituição da República, donde se conclui vedada, com alteração dos critérios de remoção a modificação das atribuições dos cargos públicos em tese.

À superior consideração.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2006.

Raquel Melo Urbano de Carvalho

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7 - OAB/MG 63.612