

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): A controvérsia diz respeito à constitucionalidade de gratificação ante o exercício da função de guarda de presos por investigadores de polícia, agentes da Polícia Civil e agentes penitenciários.

1. Da alegação de inobservância das atribuições de direção, chefia ou assessoramento

O requerente sustenta haver sido criada gratificação na forma de função de confiança sem a devida correspondência com atribuições de direção, chefia ou assessoramento.

De acordo com o art. 37, V, da Constituição Federal, funções de confiança devem ser exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e destinam-se às atividades de direção, chefia e assessoramento, observados os princípios que regem a Administração Pública – da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Conclui-se, assim, que à legislação cabe não só a criação de função de confiança como também a definição do quantitativo e das atribuições.

Na espécie, o art. 3º da Lei n. 6.747/2001 do Estado do Espírito Santo instituiu, em benefício dos investigadores e agentes vinculados à Polícia Civil e dos agentes penitenciários da Secretaria da Justiça, gratificação a ser paga mensalmente para remunerar a prestação do serviço de guarda de presos.

Vale frisar que, embora tenha sido fixada uma atribuição ao recebedor da verba, não foi criado cargo ou prevista a submissão a certa autoridade. Portanto, não há falar em designação específica para a função de guarda de presos; apenas o agente público que vier a exercê-la fará jus à parcela em virtude da periculosidade da atividade.

Cuida-se de forma típica de gratificação fundada no exercício de atividade específica em condições extraordinárias de perigo.

De fato, a guarda de presos não é atribuição com natureza de direção, chefia ou assessoramento. Todavia, como não se trata de gratificação criada na forma de função de confiança, reputo ausente violação ao art. 37, V, da Constituição Federal.

2. Da alegação de desvio de função

O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República sustentam que a atuação na guarda de presos não é compatível com as atribuições outorgadas pela Constituição Federal às carreiras da Polícia Civil.

Rememore-se como a matéria é tratada na Carta Magna:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

As atividades próprias aos cargos pertencentes aos quadros da Polícia Civil – aí incluídos os investigadores e os agentes – devem encontrar correspondência nas funções de polícia judiciária e na apuração de infrações penais, à exceção das militares.

De acordo com o art. 4º do Código de Processo Penal, as atividades de polícia judiciária visam à apuração de infrações penais e correspondente autoria.

Para tanto, a autoridade policial deve empreender as atividades enumeradas nos incisos do art. 6º:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos

peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

II – apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato;

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV – ouvir o ofendido;

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Também lhe são conferidas, consoante disposto no art. 13 do diploma processual, funções em cooperação com as autoridades judiciárias e com o Ministério Público:

Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I – fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III – cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

IV – representar acerca da prisão preventiva.

Essas atribuições revelam o papel auxiliar da polícia judiciária em relação à persecução penal em juízo. Entre tais atividades inserem-se o cumprimento dos mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias e a prisão em flagrante delito dos autores de fato criminoso.

Nessas situações, os policiais civis são encarregados da detenção e guarda do preso, ainda que de forma transitória, até a liberação ou transferência à custódia dos agentes penitenciários.

Ora, a Lei federal n. 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – delega à administração penitenciária a atividade estatal de guardar os presos, sob a fiscalização e o monitoramento dos demais órgãos de execução penal listados no art. 61, a exemplo do Judiciário e do Ministério Público.

Todavia, desse rol não consta a Polícia Civil.

O diploma é categórico na definição dos locais aos quais os custodiados devem ser recolhidos: cadeia pública, no caso dos presos provisórios (art. 102); e penitenciária (art. 87), colônia (art. 91) ou casa do albergado (art. 93), se preso condenado.

A atividade penitenciária, que envolve a vigilância e proteção dos estabelecimentos prisionais e das pessoas neles custodiadas, é tarefa própria dos agentes penitenciários, e não da Polícia Civil. Nada obstante, pode vir a ser por esta desempenhada temporariamente, no cumprimento de determinações da autoridade judiciária a si atribuídas na condição de polícia judiciária.

Delegacia de polícia não é estabelecimento penal, tampouco possui estrutura física adequada ou dispõe de efetivo com treinamento específico para a segregação de detento. O recolhimento na unidade policial se dá pelo tempo estritamente necessário à conclusão do flagrante (CPP, art. 306) ou ao cumprimento do mandado de prisão cautelar (CPP, art. 312).

O tema foi tangenciado por esta Corte no julgamento da ADI 3.916, ministro Eros Grau, *DJe* de 14 de maio de 2010. O objeto de controle era

legislação do Distrito Federal que criou a Carreira de Atividades Penitenciárias.

Em meio à discussão acerca de quem – União ou Distrito Federal – é competente para legislar sobre a Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF), o Plenário analisou o art. 13 da Lei local n. 3.669/2005, que atribuiu aos agentes penitenciários em exercício nas unidades da estrutura orgânica da Polícia Civil atividades típicas da polícia judiciária. Confira-se:

Art. 13º Os Agentes Penitenciários da Polícia Civil do Distrito Federal terão exercício nas unidades que compõem a estrutura orgânica da Polícia Civil em atividades típicas de Polícia Judiciária.

Parágrafo único. Os agentes Penitenciários da Polícia Civil do Distrito Federal à disposição do Sistema Penitenciário serão apresentados ao Diretor-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal, de forma proporcional, a razão de um para um, ao número de cargos de Técnico Penitenciário providos, com data limite até 31 de dezembro de 2007.

O cargo de Agente Penitenciário da PCDF, criado pelo Decreto-Lei federal n. 2.266/1985, teve a nomenclatura alterada para Agente Policial de Custódia por meio da Lei federal n. 13.064/2014.

As atribuições correspondentes estavam previstas no Regimento Interno da PCDF (Decreto distrital n. 30.490/2009, na redação dada pelo Decreto n. 33.661/2012) e, por fim, na Resolução n. 1/2023 do Conselho Superior de Polícia Civil do Distrito Federal), *in verbis*:

Decreto distrital n. 30.490/2009:

Art. 101. São atribuições do Agente Penitenciário:

I – Assistir os dirigentes a quem esteja diretamente subordinado;

II – Executar as atividades de atendimento, serviço de vigilância, custódia, escolta, revista pessoal e em objetos, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos prisionais e congêneres;

III – Acompanhar os processos de reeducação, reintegração social e ressocialização do detento;

IV – Executar outras atribuições específicas do cargo ou de interesse da segurança pública.

Decreto distrital n. 30.490/2009 na redação conferida pelo de n. 33.661/2012:

Art. 101. São atribuições do Agente Penitenciário:

I – executar atividades de atendimento, serviço de vigilância, custódia, escolta, revista pessoal e em objetos, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas na Divisão de Controle e Custódia de Presos, do Departamento de Polícia Especializada, da Polícia Civil do Distrito Federal, ou que estejam nas demais unidades policiais da Polícia Civil do Distrito Federal aguardando recolhimento àquela Divisão;

II – desempenhar atividades de custódia e guarda provisória de presos sob a responsabilidade da Polícia Civil do Distrito Federal;

III – executar escoltas judiciais;

IV – executar a escolta de presos em ambientes hospitalares;

V – executar a escolta de presos sob a responsabilidade da Polícia Civil do Distrito Federal para apresentação ao Instituto de Medicinal Legal, ao Instituto de Criminalística e ao Instituto de Identificação, bem como para apresentação desses presos a outras instituições congêneres;

VI – executar a escolta de viaturas no transporte de presos sob a responsabilidade da Polícia Civil do Distrito Federal;

VII – atuar nas atividades de inteligência voltadas para segurança da custódia de presos sob a responsabilidade da Polícia Civil do Distrito Federal;

VIII – atuar na recaptura de foragidos da Justiça;

IX – efetuar o recambiamento de presos de outros estados da federação;

X – escoltar e conduzir adolescentes infratores a delegacias e demais órgãos especializados, nos termos da lei;

XI – participar de operações policiais;

XII – desempenhar outras atividades que se enquadrem no âmbito de suas atribuições.

Resolução n. 1/2023 do Conselho Superior de PCDF:

Art. 207. Aos ocupantes do cargo de Agente Policial de Custódia, sem prejuízo das atribuições previstas em lei e em regulamento, incumbe:

I – executar as atividades de custódia e guarda provisória das pessoas recolhidas na Divisão de Controle e Custódia de

Presos;

II – executar as atividades de atendimento, assistência, serviço de vigilância, escolta e revista de pessoas ou objetos recolhidos junto à Divisão de Controle e Custódia de Presos;

III – executar escoltas judiciais;

IV – executar a escolta de presos em ambientes hospitalares;

V – executar a escolta de viaturas no transporte de presos sob a responsabilidade da Polícia Civil do Distrito Federal;

VI – atuar na recaptura de pessoas foragidas da justiça;

VII – efetuar o recambiamento de presos de outros estados da federação;

VIII – escoltar e conduzir adolescentes infratores às delegacias e aos demais órgãos especializados, nos termos da lei;

IX – registrar ocorrências policiais e administrativas;

X – executar outras atribuições que lhes forem conferidas ou delegadas.

Como se vê, as atividades de vigilância, custódia, escolta e guarda de presos sob a responsabilidade da PCDF sempre estiveram a cargo dos agentes penitenciários (mais tarde nomeados agentes policiais de custódia).

Ao apreciar a ADI 3.916, esta Corte, por maioria, proclamou a inconstitucionalidade do art. 13 da referida Lei distrital n. 3.669/2005. O Colegiado concluiu que a norma alterava a organização da PCDF ao retirar dos agentes penitenciários função que lhes era própria – a ser exercida por técnicos penitenciários – e determinar-lhes a apresentação ao Diretor da Polícia Civil para que passassem a responder apenas por atividades inerentes à polícia judiciária.

Destaco trecho da ementa do acórdão então prolatado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 7º, INCISOS I E III, E 13, DA LEI DISTRITAL N. 3.669. ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA DO DISTRITO FEDERAL. AGENTES PENITENCIÁRIOS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 21, INCISO XIV, E 32, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA

PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

2. A Constituição do Brasil – artigo 144, § 4º – define incumbirem às polícias civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Não menciona a atividade penitenciária, que diz com a guarda dos estabelecimentos prisionais; não atribui essa atividade específica à polícia civil. Precedente.

[...]

6. Pedido julgado improcedente no que toca ao artigo 7º, incisos I e III, e procedente no que respeita ao artigo 13, *caput* e parágrafo único, da Lei distrital n. 3.669/05, vencidos o Ministro Relator e o Ministro Marco Aurélio quanto ao último preceito.

No voto vencido, o Relator, ministro Eros Grau, ressaltou:

[...]

10. Embora a atividade de guarda dos estabelecimentos prisionais do Distrito Federal tenha sido atribuída a policiais civis até o advento da lei distrital ora atacada, limitar o exercício de suas funções ao âmbito de atuação das unidades da polícia civil do DF – guarda e escolta de detentos nas carceragens das delegacias de polícia – não significa invadir a competência da União para organizar e manter a Polícia Civil do Distrito Federal. Nisso não se vislumbra alteração alguma em sua organização administrativa, tampouco no regime jurídico de seu pessoal. Inversamente, a lei distrital preserva as atribuições dos agentes penitenciários da polícia civil no seu âmbito próprio de atuação.

Tornando a olhar para as normas objeto da presente ação, nada obstante os investigadores e agentes de polícia pertençam a carreiras outras que não a de agente penitenciário, no que voltadas à apuração de crimes e regidas por leis específicas, parece-me inevitável que, em situações pontuais e temporárias, eles venham a atuar na guarda de preso, como corolário das funções típicas de polícia judiciária.

Evidentemente, cuida-se de tarefa que deve ser excepcional. Primeiro, porque esses servidores são remunerados pela coletividade para investigar crimes, e não para fazer as vezes de carcereiros. Segundo, porque eles nem sequer foram treinados para exercer tal função. Terceiro,

porque a Polícia Civil não conta com efetivo suficiente nem dispõe de estrutura física a viabilizar a adequada atuação. Compreensão diversa significaria, em última análise, legitimar desvio funcional que ofende postulado nuclear do Estado democrático de direito, o princípio da legalidade.

Outrossim, exigir que o mesmo policial que prendeu mantenha guarda ou diário e duradouro contato com o custodiado potencializaria, de forma grave e incompatível com os preceitos constitucionais, os riscos à ordem pública, bem assim à vida e integridade física dos envolvidos.

A despeito disso, a norma questionada é incisiva em instituir a gratificação como contrapartida à guarda do preso “nas cadeias públicas e nos estabelecimentos que compõem o sistema penitenciário”.

A redação é precisa. A atividade retribuída pela verba não será exercida nas delegacias, que são órgãos destinados ao exercício das funções de polícia judiciária, mas, sim, nas cadeias públicas e nas penitenciárias.

Trata-se, portanto, de atividade sem pertinência com as atribuições da Polícia Civil do Estado. Permitir que investigadores e agentes a esta vinculados façam a guarda de presos em cadeia pública e penitenciária sinaliza manifesto desvio das funções de polícia judiciária e, em última instância, desrespeito aos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência.

O preceito, tal como redigido, vincula o pagamento da gratificação à atuação nas cadeias públicas e nos estabelecimentos prisionais. Não há trecho alusivo às delegacias de polícia que possa permanecer incólume.

Afastada a expressão “nas cadeias públicas do Estado e nos estabelecimentos que compõem o Sistema Penitenciário Estadual” quanto aos investigadores e agentes da Polícia Civil, não vislumbro qualquer interpretação que se mantenha viável para justificar o valor adicional. Eventual emprego da técnica da interpretação conforme tampouco se prestaria ao objetivo de preservar texto normativo; antes, conduziria a verdadeira reescrita do dispositivo, papel que não compete a este Tribunal, que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade,

atua como legislador negativo.

A conclusão, naturalmente, é inaplicável aos agentes penitenciários do quadro de pessoal da Secretaria da Justiça, cujas atribuições não são próprias da polícia judiciária.

Portanto, tenho como inconstitucional a gratificação criada em favor dos investigadores e agentes da Polícia Civil do Espírito Santo, que deve permanecer hígida, porém, no que concerne aos agentes penitenciários do quadro de pessoal da Secretaria da Justiça.

3. Da suposta vinculação remuneratória

O art. 37, XIII, da Constituição Federal proíbe a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração no serviço público.

A norma trata de coibir o denominado “efeito cascata”, quando o aumento concedido a certa parcela remuneratória resulta na majoração automática de outra. O fenômeno afeta negativamente o planejamento orçamentário do Estado, pois torna excessivamente complexo o cálculo do impacto financeiro das medidas que implicam aumento de remuneração.

Em atenção aos parâmetros constitucionais concernentes à ordem financeira e orçamentária do Estado, compete ao administrador, na criação de espécie remuneratória, estipular todos os elementos pertinentes, como hipótese de incidência, beneficiários e forma de cálculo.

O constituinte garantiu, com isso, que a fixação de remunerações e vencimentos não se dê de forma aleatória, mas leve em conta a natureza e o grau de responsabilidade do cargo, além dos requisitos para investidura e a complexidade das atribuições (CF, art. 39, I, II e III).

Pois bem. De início, o dispositivo questionado delimita quem são os elegíveis ao benefício – investigadores de polícia, agentes da Polícia Civil e agentes penitenciários – e estabelece seu fato gerador – o exercício efetivo de funções de guarda de presos nas cadeias públicas e nos demais complexos do sistema penitenciário estadual.

Adiante, porém, estende aos titulares desses cargos parcela adicional, recebida pelos policiais militares que prestam serviço na Casa Militar da Governadoria do Estado, prevista no art. 4º da Lei n. 4.648/1992. Além disso, ao omitir o valor da verba, vincula-o ao vencimento-base do cargo de Auxiliar de Serviços de Laboratório de 1ª categoria, integrante do quadro da Polícia Civil.

Ora, a percepção da gratificação pelos agentes penitenciários da Secretaria da Justiça está atrelada ao vencimento de cargo pertencente à carreira da Polícia Civil. Diante disso, eventual reajuste remuneratório deferido aos Auxiliares de Serviço de Laboratório implicará aumento automático da parcela paga a integrantes de carreira alheia àquela, isto é, os agentes penitenciários.

Trata-se de prática incompatível com o art. 37, XIII, da Constituição Federal e reiteradamente rechaçada pelo Supremo. Ilustram esse entendimento, entre outros, julgados que foram assim resumidos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO ESTADUAL, DE NATUREZA AUTÔNOMA, QUE ESTABELECE VINCULAÇÃO DE REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES PÚBLICOS. RESERVA DE LEI E EXPRESSA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL.

1. É cabível ação direta de inconstitucionalidade contra decreto executivo quando este assume feição flagrantemente autônoma, como é o caso presente, pois o decreto impugnado não regulamenta lei, apresentando-se, ao contrário, como ato normativo independente que inova na ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos e deveres. Precedentes.

2. Embora a Constituição Federal tenha atribuído ao chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para dispor sobre o aumento da remuneração dos servidores públicos (art. 61, § 1º, *a*), ela exige que isso seja feito mediante lei em sentido estrito e específica (art. 37, X, da CF).

3. É vedada a vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração do pessoal do serviço público (art. 37, XIII, da CF).

4. Pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 16.282/1994, do

Estado do Amazonas. Fixada a seguinte tese: *É inconstitucional a vinculação remuneratória entre servidores públicos.*

(ADI 5.609, ministro Luís Roberto Barroso, DJe de 4 de fevereiro de 2021)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO. C.F., art. 37, XIII. Lei Complementar nº 7, de 1991, com a redação da Lei Complementar nº 23, de 2002, do Estado de Alagoas. I. – Objetivando impedir majorações de vencimentos em cadeia, a Constituição Federal, art. 37, XIII, veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. II. – Inconstitucionalidade de parte da segunda parte do art. 74 da Lei Complementar nº 7, de 1991, com a redação da Lei Complementar nº 23, de 2002, ambas do Estado de Alagoas. III. – Não obstante de constitucionalidade duvidosa a primeira parte do mencionado artigo 74, ocorre, no caso, a impossibilidade de sua apreciação, em obséquio ao “princípio do pedido” e por não ocorrer, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalidade por “arrastamento” ou “atração”, já que o citado dispositivo legal não é dependente da norma declarada inconstitucional. ADI 2.653/MT, Ministro Carlos Velloso, “DJ” de 31.10.2003. IV. – ADI julgada procedente, em parte.

(ADI 2.895, ministro Carlos Velloso, DJ de 20 de maio de 2005)

Logo, também se afigura inconstitucional a gratificação mensal instituída para os agentes penitenciários do quadro de pessoal da Secretaria da Justiça, por afronta ao art. 37, XIII, da Carta da República.

4. Da modulação dos efeitos da decisão

O art. 27 da Lei n. 9.868/1999 confere ao Supremo o poder de, independentemente de pedido das partes, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em atenção à segurança jurídica e diante de excepcional interesse social.

Tendo em conta a vigência do quadro normativo há mais de vinte anos, a significativa repercussão pecuniária deste julgamento e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a conferir um

âmbito de proteção da confiança e da boa-fé dos agentes públicos, parece conveniente preservar as situações jurídicas consolidadas (ADI 1.301 ED, ministro Luís Roberto Barroso; ADI 3.601 ED e ADI 4.876, ministro Dias Toffoli).

O direito à percepção do benefício – declarado inconstitucional – difere do direito de preservar no patrimônio os valores já recebidos. Ademais, a natureza da vantagem havida de boa-fé afasta o dever de ressarcimento (ADI 4.884 ED, ministra Rosa Weber; e ADI 3.791, ministro Ayres Britto).

Assim, modulo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a fim de (i) ressalvar, até a publicação da ata deste julgamento, todos os atos praticados com base na norma declarada inconstitucional, inclusive as gratificações concedidas; e (ii) afastar a necessidade de devolver as quantias recebidas de boa-fé.

5. Conclusão

Do exposto, julgo procedente o pedido formulado nesta ação, declarando a inconstitucionalidade do art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 6.747, de 8 de agosto de 2001, do Estado do Espírito Santo. Modulo a eficácia da decisão para (i) ressalvar, até a publicação da ata deste julgamento, todos os atos praticados com base na norma, inclusive as gratificações concedidas; e (ii) afastar o dever de restituição aos cofres públicos dos valores recebidos de boa-fé.

É como voto.