



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conceição do Castelo, ES, 20 de julho de 2020.

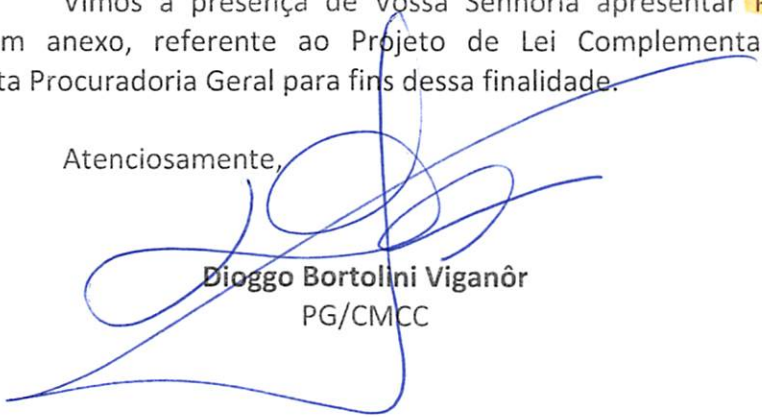
Memorando nº 022/2020 – PG/CMCC

À: Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal
de Conceição do Castelo – ES.

Senhor Presidente:

Vimos à presença de Vossa Senhoria apresentar **Parecer Jurídico Complementar**, em anexo, referente ao Projeto de Lei Complementar nº 003/2020 encaminhado a esta Procuradoria Geral para fins dessa finalidade.

Atenciosamente,


Dioggo Bortolini Viganôr
PG/CMCC

Recebido em:

RECEBEMOS
Em 21/07/20


Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PARECER

Trata-se de Parecer Jurídico Complementar à respeito do Projeto de Lei Complementar nº 003/2020, que autoriza a criação de vaga para o cargo de provimento efetivo de farmacêutico e dispõe sobre a extinção do cargo de bioquímico no âmbito do Município de Conceição do Castelo e dá outras providências.

A Ementa do Projeto de Lei nº 004/2020 resume o objeto do Projeto em análise que, como consequência da criação do cargo, resulta aumento de despesa com a folha de pessoal.

Apesar dessa Procuradoria já haver emitido Parecer Jurídico, é necessário fazer uma substituição e complementação da conclusão. Senão vejamos:

A Lei de Responsabilidade Fiscal que foi alteração pela Lei Complementar nº 137/2020, determina:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e **os Municípios** afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 **ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:**

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - CRIAR cargo, emprego ou função que IMPLIQUE AUMENTO DE DESPESA;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, RESSALVADAS as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

DA ANÁLISE IN CONCRETO



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Buscando a legislação municipal, esta Procuradoria Geral encontrou apenas a Lei Complementar nº 002/1994, a Lei Complementar nº 004/1998 e a Lei Complementar nº 072/2014, referente à presente situação.

A Lei Complementar nº 002/1994 criou 02 (duas) vagas de **bioquímico**. Entretanto, não consta na referida lei as atribuições e requisitos para os cargos e nem cita que as atribuições estão reguladas em algum decreto e normas outras.

A Lei Complementar nº 004/1998 criou 01 (uma) vaga de **farmacêutico**. Entretanto, não consta na referida lei as atribuições e requisitos para os cargos, entretanto, cita que as atribuições estão reguladas em algum decreto que, até o momento, desde 1998 não foi editado. Vejamos:

Art. 9º A descrição sintética, as atribuições típicas e os requisitos para provimento dos cargos criados no artigo 4º desta Lei, serão fixadas por decreto a ser baixado pelo Executivo Municipal e incluídas no anexo VII da Lei Complementar nº 002/94.

O que se averigua é que não foi editado qualquer decreto e muito menos está incluído no anexo VII da Lei Complementar nº 002/1994 as atribuições e requisitos para os **cargos de farmacêutico**. A visita *in concreto* deste Procurador Geral ao Gabinete da Procuradoria Municipal, também, constatou em pesquisa que resulta na não existência de qualquer norma referente às atribuições e requisitos para os cargos de Bioquímico e Farmacêutico.

Em que pese melhor entendimento, em nosso entendimento, pelo princípio da legalidade, as atribuições e requisitos para o cargo somente poderão editados por lei, ou seja, nem decreto e nem outra norma.

Além disso, um funcionário somente pode praticar os atos que são permitidos praticar por lei. O que a lei não autoriza praticar, não pode a administração pública, mediante seu funcionário, praticar.

Sendo assim, é necessário que o Poder Executivo encaminhe Projeto de Lei Complementar para fins de suprir a omissão legislativa em relação ao tema em análise.

A Lei Complementar nº 072/2014 criou mais 01 (uma) vaga de **farmacêutico**. Entretanto, no art. 2º fez a seguinte menção:

Art. 2º. Os cargos que se referem ao grupo ocupacional 05, de nível superior, à exceção do cargo de Coordenador de Esporte e Lazer, reger-se-ão pelas disposições constantes da legislação específica federal que

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

regulamenta as respectivas profissões para efeito de preenchimento de requisitos para seu provimento e execução de suas atividades, ressalvada a possibilidade de regulamentação já existente ou posterior, a ser feita pelo Poder Executivo Municipal, quanto às atividades correlatas com o interesse da Administração Pública Municipal.

Nesse artigo, a Lei Municipal remete as atribuições do **Segundo** Cargo de Farmacêutico para a legislação federal que regula a profissão, mas amplia a possibilidade de o Poder Executivo alterar posteriormente caso seja conveniente. Assim, quem seja emitido no cargo, estará sujeito a novas atribuições.

Os requisitos de acesso ao cargo público devem estar previstos na lei ou podem ser criados pelo edital? Frente ao ordenamento jurídico pátrio, os requisitos necessários para um candidato assumir um cargo público devem estar previstos na lei, seja de forma genérica ou em lei específica que criou o cargo, ou podem ser criados e exigidos pelo edital do certame?

O Princípio da legalidade se manifesta no Ordenamento Pátrio, mesmo dentro do próprio Direito Administrativo, por diversos modos distintos. Após todo desenvolvimento, concluímos, em harmonia com a doutrina pátria, que a Administração Pública só pode agir se houver lei autorizando ou determinando a conduta. Por outras palavras: o desenvolvimento das atividades administrativas está subordinado à lei, o que significa que a Administração apenas pode agir se houver legitimidade – leia-se lei.

Como averba **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**[1]ⁱ,

“a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. Por isso, acertada é a conclusão do saudoso **SEABRA FAGUNDES**[2] quando afirma que “*administrar é aplicar a lei de ofício*”.

Conclui-se disso que a ausência de lei (omissão legislativa) significa que o administrador não pode agir, mesmo que tal conduta não seja proibida. Em resumo: a atividade só pode ser realizada se expressamente prevista em lei como permitida ou obrigatória.

Anotamos, na oportunidade, que nesse ponto é que difere o princípio da legalidade para a Administração e o particular, pois a este tudo é permitido, desde que não haja proibição legal em sentido contrário, ou seja, em caso de omissão, o particular poderá agir, uma vez que o art. 5.º, II, da CF/1988 enuncia que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, comando que desponta como uma garantia constitucional do cidadão.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Sem adentrar nas diversas situações em que há o princípio da reserva legal, aqui, em matéria de agentes públicos, já foi visto que como o administrador só pode agir se existir norma autorizando ou determinado a conduta, significa que o plexo de competências que o servidor exerce, derivado da lei que criou o cargo ou de leis que disciplinam atividades funcionais de certas carreiras, decorre, no final das contas, da lei.

A questão é: as atribuições que serão desenvolvidas pelos gestores devem estar na lei, mas e os requisitos necessários para que estes gestores (em sentido amplo) possam assumir um cargo público, precisam estar na lei também? Por outro giro: poderia um edital de concurso público, uma portaria ou um decreto estabelecer quais são os requisitos necessários para que alguém possa assumir um cargo público?

Ao que nos parece, não. Isso porque a Constituição Federal em seu artigo 37, incisos I é clara neste ponto. Veja-se:

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:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que **preencham os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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;

Percebe-se que a norma do artigo 37, I da CF é categórica ao enunciar que os requisitos de admissibilidade a cargos, empregos e funções públicas devem estar previstos em Lei, (no sentido de lei formal) e não outro ato normativo administrativo, como portarias, resoluções, decretos, editais, etc.

Neste sentido, se manifestou o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO. REQUISITOS. IMPOSIÇÃO VIA ATO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

“Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

administrativo de caráter infralegal revestem-se de inconstitucionalidade.” (Jose Celso de Mello Filho em “Constituição Federal Anotada”).

Incompatibilidade da imposição de tempo de prática forense e de graduação no curso de Direito, ao primeiro exame, com a ordem constitucional (ADI 1188 MC/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/1995).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA PARA O INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LEI FORMAL RESTRITIVA DE DIREITO. FIXAÇÃO EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. Concurso público para o cargo de policial militar do Distrito Federal. Altura mínima. Impossibilidade de sua inserção em edital de concurso. Norma restritiva de direito que somente na lei tem sua via adequada. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 518863 AgR/DF, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, Julgado em 23/08/2005)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – CONCURSO PÚBLICO – JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO – REQUISITOS – IMPOSIÇÃO VIA ATO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Exurgindo a relevância jurídica do tema, bem como o risco de serem mantidos com plena eficácia os dispositivos atacados, impõem-se a concessão de liminar. Isto ocorre no que previstos, em resolução administrativa do Tribunal Superior do Trabalho, requisitos para acesso ao cargo de juiz estranhos a ordem jurídica.

Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato administrativo de caráter infralegal revestem-se de inconstitucionalidade. (Jose Celso de Mello Filho em Constituição Federal Anotada). Incompatibilidade da imposição de tempo de prática forense e de graduação no curso de Direito, ao primeiro exame, com a ordem constitucional. (ADI 1188 MC/DF, rel.: Min. Marco Aurélio, j. 23/02/1995)

E o que se percebe, e isso é bem interessante, é que tanto **requisitos intrínsecos** (exigências para assumir o cargo em si) **como extrínsecos** (exigências feitas em concursos públicos) são submetidos a esta regra da reserva legal. Talvez, quanto aos **requisitos extrínsecos**, o inciso II do artigo 37 da Carta Magna se encaixe melhor.

Apenas para que não fiquemos só na teoria, vejamos alguns dispositivos da Lei 8.112/90^[3], que dispõe sobre o regime geral dos servidores públicos da União, Autarquias e Fundações Públicas.

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

- I – a nacionalidade brasileira;
- II – o gozo dos direitos políticos;
- III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V – a idade mínima de dezoito anos;
- VI – aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

Percebe-se que todas as exigências constantes nos seis incisos do artigo 5º são **requisitos intrínsecos**[4] ao provimento do cargo público federal.

Já o parágrafo 1º do referido artigo abre margens à possibilidade de novos requisitos (**extrínsecos**), como é o caso do exame psicotécnico[5], investigação social, prova física[6] etc., mas, lembre-se, **sempre estabelecidos em lei** e desde que as atribuições do cargo possam justificar tal exigência.

Deste modo, **não pode o edital inovar e criar exigências sem respaldo legal, pois** além de afrontar a legalidade, princípio genérico direcionado a toda Administração Pública, **também estará violando o princípio específico da competitividade, ou, da ampla acessibilidade aos cargos públicos.**

A delegação disfarçada

É interessante notar que delegar ao edital a possibilidade de impor os requisitos de acesso ao cargo é, muitas vezes e de forma transversa, participar ativamente da criação do cargo por meio deste instrumento, o que é uma verdadeira arbitrariedade e inversão de valores.

Veja-se que o cargo público deve ser criado por lei (ou ato de igual idoneidade)[7]. **Não se cria cargo por meio de decreto, editais ou outros atos administrativos normativos.**

Quando o cargo é criado o certo é já dizer quais são suas atribuições (competências do agente após assumir o cargo) e os requisitos de acesso ao mesmo (escolaridade, quitação com as obrigações eleitorais, etc.).

É muito comum ter-se uma carreira disciplinada por meio de lei e muitas vezes dali também se extraírem algumas competências. Ou, ainda, uma primeira lei cria o cargo, suas atribuições, requisitos e novas leis apenas aumentam o quantitativo. Mas, perceba: **teve uma lei que criou o cargo e disciplinou quais são os requisitos necessários para que alguém possa assumir o mesmo.**

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Desta maneira, a título de exemplo, caso uma lei não exija pós graduação como condição para que o candidato aprovado em concurso tome posse, não pode, sob nenhum aspecto, o edital fazer esta previsão.

Mesmo que o gestor não concorde com essas exigências, esta não é a maneira de solucionar o problema. Não se busca solucionar um problema utilizando-se de um mecanismo ilegal.

Atualmente as exigências para provimento de determinado cargo devem ser maiores? Então, que se faça um projeto de lei e submeta o mesmo ao devido processo legislativo para que isso, democraticamente, passe a valer erga omnes. Mas, sob nenhum aspecto, há embasamento para estipulação de requisitos de acesso aos cargos por meio de editais, por mais conveniente que isso seja à Administração.

A conveniência e oportunidade administrativa tem vários limites e um é bem claro e intransponível que é a Lei e o Poder Judiciário não pode, sob nenhum aspecto, compactuar com esta ilegalidade, caso contrário, ao invés de estar fazendo um bem à sociedade, está estimulando o Poder Público se acostumar com a “inércia da omissão”, de um Judiciário paterno.

A fragilidade dos contra-argumentos

Uma vez inserido no edital requisitos de acesso não previsto em lei e exigidos no certame é comum que os candidatos questionem isso em juízo e a primeira retórica vazia é que o acatamento do pleito do candidato irá ferir expressamente o edital, que faz lei entre as partes e tem caráter vinculante.

O edital é um ato administrativo, portanto de inferior hierarquia em relação à LEI e à CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Assim, quando se diz que o edital é a “lei interna do concurso”, que o “edital vincula as partes” essa afirmativa somente é correta se o instrumento convocatório estiver em conformidade com a lei e a Constituição Federal, sob pena de subversão e inversão do sistema hierárquico existente entre as espécies normativas.

Deve se lembrar que a relação da Administração com a lei não é uma relação de não contrariedade – como ocorre com o particular, mas uma relação de conformidade, uma relação de vinculação positiva à lei. Por isso afirma-se que a Administração só pode agir se existir uma lei autorizando ou determinando a conduta.

O outro argumento, que merece total combate, é de que a Administração poderia disciplinar o certame e exigir o que entender razoável, fazendo uso de sua discricionariedade.

Av. José Grilo, nº 152, Centro. Conceição do Castelo, ES. CEP 29.370-000. Tel: (28) 3547-1310 – Fax: (28) 3547-1201. E-mail: plccastelo@cmcc.es.gov.br / Site: www.cmcc.es.gov.br.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Ocorre que a margem de discricionariedade dada à Administração é apenas para sistematizar como vai ser o certame, não podendo criar requisitos de acesso ao cargo, pois aqui há uma regra de reserva legal.

Vejamus por comparação: uma coisa é a administração decidir que o concurso será de prova objetiva e discursiva, outra coisa é exigir requisitos novos para assumir um cargo público. São coisas completamente diferentes.

Inclusive, talvez sem saber, muitos pretórios defendem tese distinta em situação semelhante. É ponto pacífico na jurisprudência nacional que o exame psicotécnico só pode ser exigido por lei. Isso é pacífico e fora de discussão.

Imaginemos que não houvesse previsão legal para exigência de psicotécnico para ingresso na Polícia Militar, por mais que o Judiciário entenda que o mesmo é razoável, há um limite intransponível que é a exigência de lei formal.

Inclusive há Súmula vinculante nº 44 do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** neste sentido, hoje, vejamos: Só por **LEI** se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

Nota-se que a situação é a mesma. Está sendo criado por meio de edital requisito de acesso ao cargo (no caso extrínseco), em total contradição com a Lei, a Constituição Federal e a correta jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvidas, a discricionariedade é limitada. Já dizia o saudoso Caio Tácito que a discricionariedade não é um cheque em branco em que a Administração pode preencher qualquer valor. Há limites, e, no caso, há o desrespeito aos mesmos quando há no edital exigências para que o candidato possa assumir um cargo público.

A PRIMEIRA CONCLUSÃO sobre o assunto é a seguinte: a existência de cargos de farmacêutico ou bioquímico, ou seja qualquer outro cargo, que não tenha atribuição e requisitos previstos em lei, fere o princípio da legalidade e não poderia ter sido realizado concurso público e muito menos empossado servidor enquanto não existisse LEI que dispusessem dessas atribuições e requisitos para o cargo.

Diante do exposto, substitui-se e CONCLUI-SE por meio do seguinte entendimento:



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O Projeto de Lei que visa a criação de cargo que implique aumento de despesa conforme apresentado é ilegal, inconstitucional e anti-regimental.

Diante do exposto, essa Procuradoria Geral opina pela ilegalidade, inconstitucionalidade e anti-regimentalidade do Projeto de Lei nº 003/2020 às Comissões competentes para fins de emissão de parecer, salvo melhor juízo.

É o parecer.

Conceição do Castelo, ES, 21 de julho de 2020.

DIOGGO BORTOLINI VIGANÔR
PG/CMCC

[1] Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79.

[2] O controle jurisdicional dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4-5.

[3] Esta regra cede a normas mais específicas sobre o tema.

[4] Apesar de não me parecer ser bem o caso, o STF, recentemente, entendeu que fere, dentre outros, o artigo 37, I da CF a estipulação de jornada de trabalho pelo CREFITO. Vejamos trecho da referida decisão: "...1. Cabe ao CREFITO fiscalizar e zelar pelo regular exercício das profissões de fisioterapeuta e de terapeuta ocupacional. Contudo, não são os conselhos profissionais entidades de defesa de direitos e interesses de classe ou categoria, atribuição conferida aos sindicatos pela CF (art. 8º, III). Reconhecida a ilegitimidade ativa do CREFITO para postular questão afeta a vencimentos dos servidores públicos municipais vinculados ao Município réu. 2. Pelo disposto nos artigos 22, XVI, e 37, I, da CF, no sentido de que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, bem como a competência privativa da União para legislar sobre as condições para o exercício de profissões, é possível concluir pela observância das disposições da Lei n. 8.856/94, que fixa a jornada de trabalho dos profissionais Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional, quando se trata do preenchimento de cargo de profissional da respectiva área. 3. O edital do concurso, ao estabelecer jornada de trabalho de 40 horas semanais para os cargos de Fisioterapeuta e de Terapeuta Ocupacional, impôs carga de trabalho superior à fixada em lei, divergindo da legislação federal que a estabelece, podendo sofrer controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados." (STF – ARE: 868054 RS – RIO GRANDE DO SUL 5002475-55.2011.4.04.7000, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Juízo: 26/02/2015, Data de Publicação: DJe-041 04/03/2015)



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

[5] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO AO CARGO DE PROFISSIONAL DE TRÁFEGO AÉREO DA INFRAERO. EMPREGO PÚBLICO. EXAME DE APTIDÃO PSICOLÓGICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGITIMIDADE. I – “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.” II – A necessidade de previsão legal para a realização do exame psicotécnico também se aplica aos empregos públicos, em face do disposto no art. 37, I, da CF/88, ao preceituar que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.” III – Inexistindo previsão legal para aplicação do exame de aptidão psicológica para o cargo de profissional de tráfego aéreo da Infraero, afigura-se ilegítima a sua exigência, na espécie, não se admitindo a sua aplicação com amparo no edital do concurso, restando desatendido o princípio da reserva legal, na espécie. IV – Apelação provida, para conceder a segurança impetrada. (TRF-1 – AMS: 295460820094013400 , Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 05/11/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 11/11/2014)

[6] Em recente julgamento do STF, nos autos do AG.REG. no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.608 MA, cuja relatoria coube ao Min. Marco Aurélio, ficou consignado em seu voto, acompanhado pela turma, que “...a articulação do Estado do Maranhão não merece prosperar. Atendem para o que decidido pelo Tribunal de origem, bem como para as premissas do pronunciamento atacado. Assentou-se que o caráter eliminatório da prova de aptidão física não tinha previsão em lei e proclamou-se ser desarrazoado o teste de esforço físico em que se exigem “habilidades inerentes a profissionais do atletismo ou talvez nem a estes”. Glosou-se, ainda, a existência de medidas e metas diferenciadas em razão da faixa etária do candidato. A conclusão está em consonância com a jurisprudência do Supremo. Além do precedente citado no ato agravado, há também os seguintes julgados:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO DA POLÍCIA MILITAR. TESTE DE ESFORÇO FÍSICO POR FAIXA ETÁRIA: EXIGÊNCIA DESARRAZOADA, NO CASO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E LEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal entende que a restrição da admissão a cargos públicos a partir da idade somente se justifica se previsto em lei e quando situações concretas exigem um limite razoável, tendo em conta o grau de esforço a ser desenvolvido pelo ocupante do cargo ou função. No caso, se mostra desarrazoada a exigência de teste de esforço físico com critérios diferenciados em razão da faixa etária. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 523.737, relatora ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 22 de junho de 2010). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido.

2. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 598.969, relator ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 20 de março de 2012).

[7] A título de exemplo, cita-se o artigo 3º da Lei 8.112/90, segundo o qual, “Cargo público” é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.