



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 em anexo, referente ao Projeto de Lei Complementar nº 004/2020 encaminhado a esta Procuradoria Geral para fins dessa finalidade.

Atenciosamente,


Dioggo Borfolini Viganor
PG/CMCC

Recebido em:

RECEBEMOS
Em 21/07/20




CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PARECER

Trata-se de Parecer Jurídico à respeito do Projeto de Lei Complementar nº 004/2020, que altera a Lei Complementar Municipal nº 002 de 30 de novembro de 1994, e dá outras providências.

A Ementa do Projeto de Lei Complementar nº 004/2020 resume o objeto do Projeto em análise que visa unificar a nomenclatura dos cargos de bioquímico e farmacêutico.

Apesar de não ter sido encaminhado a esta Procuradoria Geral, é necessário que tenha sido encaminhado a esta Câmara Municipal a Declaração do Ordenador de Despesa e a Estimativa de Impacto Orçamentário-Financeiro, previstos no Art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, se houver aumento de despesas.

Em tempos de pandemia, é necessário citar inicialmente duas recomendações. Uma do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e a outra da Controladoria Interna do Município de Conceição do Castelo.

Através do Ofício UCCI/PMCC 0028/2020, o Coordenador Chefe da Unidade Central de Controle Interno (Recomendação 007/2020) recomendou a adoção de medidas para o contingenciamento de despesas em virtude da situação de emergência decorrente da pandemia do COVID-19, conforme recomendação 001/2020 do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, entre outras, a seguinte:

2.7: a suspensão:

2.7.1. da abertura e realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos e novas contratações de servidores temporários, salvo para atender as demandas decorrentes do estado de calamidade;

2.7.2. da criação de cargos, empregos ou funções, excetuando aqueles cuja criação seja por fusão, incorporação ou readequação de funções, que objetivem a redução de gastos;

2.7.4. da criação de gratificações e adicionais ou alterações das existentes que impliquem em aumento de despesa;

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:**

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

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;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

Além disso, é necessário observar a Lei Eleitoral, entre outros pontos, o seguinte artigo:

Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais
Art. 73. **São proibidas** aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

- a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;
- b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;
- c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
- d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
- e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

E não obstante outros entendimento, observa-se que o Projeto de Lei encaminhado para a aprovação do Poder Legislativo foi de natureza de Lei Complementar. Há conformidade ao que dispõe o artigo 37 da Lei Orgânica Municipal, que exige a criação de cargos por meio de Projeto de Lei Complementar. Senão vejamos:

A reserva de matérias à lei complementar, salvo raras exceções, deve vir expressa no texto constitucional. As raras exceções, acima mencionadas, dizem respeito a situações em que a interpretação sistemática da Constituição permite inferirmos a exigência de lei complementar, ainda que o texto constitucional somente se refira à lei, sem qualificativo.

Com efeito, a Carta Magna previu algumas espécies normativas de tramitação no processo legislativo e incluiu a lei complementar nesse rol.

Sobre lei complementar leciona Alexandre de Moraes:

"(...) a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar de evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo ordinário.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir a rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário". (In: MORAES, Alexandre de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2005).

No que diz respeito à aprovação, as leis complementares devem ser aprovadas por maioria absoluta dos parlamentares. Diversamente, as leis ordinárias são aprovadas por maioria simples, ou seja, devem obter em seu favor a metade mais um dos votos dos parlamentares presentes à sessão. Note-se como é grande a diferença. As leis complementares, por esse motivo, além de serem mais difíceis de serem aprovadas, são muito mais estáveis, uma vez que somente podem ser modificadas mediante a edição de outra lei complementar.

A Lei Orgânica do Município de Conceição do Castelo estabelece as matérias reservadas à Lei Complementar:

Art. 37. *As leis complementares somente serão aprovadas se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros da Câmara Municipal, observados os demais termos de votação das leis ordinárias.*

Parágrafo Único. São leis complementares, dentre outras previstas nesta Lei Orgânica:

- I - Código tributário do Município;*
- II - Código de obras;*
- III - Plano diretor de desenvolvimento integrado;*
- IV - Código de postura;*
- V - Lei instituidora do regime jurídico único dos servidores municipais;*
- VI - Lei orgânica instituidora da guarda municipal;*
- VII - Lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos.**

Sendo assim, conclui-se que está correto o uso do Projeto de Lei Complementar nº 004/2020, visto necessário observar a formalidade da Lei Complementar.

Para continuar a tramitação legislativa do Projeto de Lei nº 004/2020 e aprova-lo conforme se encontra, é necessário que as Comissões Competentes analisem as ressalvas acima destacadas e verificar se a matéria se enquadra nas exceções, visto que, em regra o momento pandêmica não permita a criação de cargos públicos, podendo resultar em aprovação de projeto inconstitucional e anti-regimental, o que é vedado pelo art. 114 do Regimento Interno, senão vejamos:

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. 114. Não se admitirão proposições:

- I - sobre assunto alheio à competência da Câmara Municipal;*
- II - em que se delegue a outro Poder atribuições do Poder legislativo;*
- III - que, fazendo menção à lei, artigo, decreto, regulamento, contratos, concessões, documentos públicos, escrituras, decisões judiciais ou qualquer outro dispositivo legal, não sejam os mesmos juntados ou transcritos, exceto os textos constitucionais.*
- IV - quando redigidas de modo que não se saiba, à simples leitura, qual a providência objetivada;*
- V - inconstitucionais e anti-regimentais;**
- VI - quando, em se tratando de substitutivo, emenda ou subemenda, não guardem direta relação com a proposição original;*
- VII - quando encaminhada sem estar acompanhada de disquete ou CD que contenha a digitação original da proposição;*

Parágrafo único. Se o autor da proposição dada como inconstitucional, anti-regimental ou alheia à competência da Câmara Municipal, não se conformar com a decisão que assim a declarou, poderá requerer ao Presidente, que seja a decisão submetida à Comissão de Constituição, Justiça e Redação que, se discordar da decisão, restituirá a proposição para a tramitação normal.

DA TÉCNICA LEGISLATIVA

Em nosso entendimento, o Projeto precisa ser enquadrado à Técnica Legislativa. Ou seja, os anexos deveriam ter vindo ao Poder Legislativo separados do Texto do Projeto de Lei, ou melhor, os anexos devem vir após o assinatura do Prefeito Municipal (Chefe do Executivo). Apresentamos o exemplo anexado ao presente parecer.

Em continuidade da análise, é necessário ponderar, também, a legislação Federal referente às atribuições profissionais.

DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 004/2020 E DA LEGISLAÇÃO FEDERAL

O Projeto de Lei Complementar nº 004/2020, visa renomear a estrutura de cargos, carreira e vencimento do Poder Executivo Municipal, o cargo de provimento efetivo de bioquímico, por força da Resolução nº 599/2014, do Conselho Federal de Educação, que regulamenta a terminologia dos profissionais com formações de bioquímico e farmacêutico posterior a Resolução nº 004/1969 do Conselho Federal de Educação, para farmacêutico, fazendo assim a unificação dos cargos já existentes na estrutura da administração pública de Conceição do Castelo.

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

O Conselho Nacional de Educação, através da Câmara de Educação Superior, editou a Resolução CNE/CES 2, de 19 de fevereiro de 2002.

Em diversos sites é possível obter as informações que levam às conclusões abaixo, vejamos:

Farmacêutico Generalista pode concorrer ao cargo de Farmacêutico-Bioquímico em Concurso Público? *Sim. O farmacêutico generalista está apto a assumir o cargo nesses concursos.*

Qual a diferença entre farmacêutico generalista e Farmacêutico bioquímico ? A partir de 2002, com a Resolução nº 02, do CNE/CES, de 2002, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Farmácia, o farmacêutico NÃO possui mais, em seu diploma, a designação "FARMACÊUTICO-BIOQUÍMICO", mas é assegurado o direito ao pleno exercício das Análises Clínicas e Toxicológicas, bem como o exercício de atividades referentes aos fármacos e aos medicamentos, controle, produção e análise de alimentos.

Os farmacêuticos, de acordo com as novas Diretrizes, são generalistas, e aptos ao exercício das Análises Clínicas, apesar de não possuírem a titulação de farmacêutico-bioquímico. Para obtenção de qualquer titulação: farmacêutico-bioquímico, Hospitalar, Homeopata, entre outras titulações, terá que fazer Curso de Especialização, credenciado pelo CFF, ou obter título de especialista expedido pelas Sociedade credenciadas: Sociedade Brasileira de Análises Clínicas (SBAC); Sociedade Brasileira de Farmácia Hospitalar – SBRAFH, entre outras.

As Diretrizes Curriculares para o Curso de Graduação em Farmácia estabelece que a Instituição de Ensino Farmacêutico forma o Farmacêutico, e o Diploma emitido será de farmacêutico.

O Título de Farmacêutico – Bioquímico foi instituído para aqueles que, pela Resolução 04/69 do Conselho Federal de Educação, fossem formados com habilitações para Análises Clínicas e Alimentos, hoje, esta Resolução foi revogada e o que está em vigor é uma nova formação denominada de formação generalista de acordo com a Resolução CNE/CES 2, de 19/02/2002. Todo formando em farmácia, em consonância com as atuais diretrizes curriculares, recebe o diploma com o título de farmacêutico, não recebe, portanto, o título de bioquímico.

Aqueles formados conforme a Resolução nº04, de 11 de abril de 1969, do Conselho Federal de Educação, é assegurado o TÍTULO de Farmacêutico-bioquímico, a ser concedido pelo Conselho Federal de Farmácia.

A Resolução CNE/CES nº. 2, de 19/02/2002, foi um importante passo para apontar, novos rumos para à profissão farmacêutica, inserir o farmacêutico



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

na saúde e produzir mudanças no processo de formação, alterando significativamente o perfil do profissional a ser formado. Deixaram de existir as habilitações, e a formação passou a abranger todas as áreas das ciências farmacêuticas.

A nova formação do farmacêutico tem uma carga horária total de Farmácia em 4.000 (quatro mil) horas sendo cada aula de 60 minutos e o tempo de integralização em cinco anos.

A graduação em farmácia, acompanhada de uma ou mais habilitações, deu lugar à formação generalista. Com a formação de um farmacêutico com visão humanista, apto ao exercício de atividades referentes aos fármacos e aos medicamentos, às análises clínicas e toxicológicas e ao controle, produção e análise de alimentos.

Portanto todo farmacêutico formado no currículo generalista poderá concorrer ao cargo de farmacêutico bioquímico.

Visando asseverar o entendimento acima, temos as seguintes normas:

Resolução CFF Nº 599 DE 24/07/2014

Publicado no DOU em 29 jul 2014

Dispõe sobre a área de atuação do farmacêutico conforme a respectiva formação acadêmica.

O Conselho Federal de Farmácia, no uso de suas atribuições legais e regimentais;

Considerando o disposto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, que outorga liberdade de exercício, trabalho ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer;

Considerando que o Conselho Federal de Farmácia, no âmbito de sua área específica de atuação e como Conselho de Profissão Regulamentada, exerce atividade típica do Estado, nos termos dos artigos 5º, inciso XIII, 21, inciso XXIV e 22, inciso XVI, da Constituição Federal;

Considerando que é atribuição do Conselho Federal de Farmácia expedir resoluções para eficiência da Lei Federal nº 3.820/1960 e, ainda, compete-lhe o múnus de definir ou modificar a competência dos farmacêuticos em seu âmbito, de acordo com o artigo 6º, alíneas "g" e "m" do referido diploma legal;

Considerando, ainda, a outorga legal ao Conselho Federal de Farmácia de zelar pela saúde pública, promovendo ações de assistência farmacêutica em todos os níveis de atenção à saúde, de acordo com a alínea "p", do artigo 6º, da Lei Federal nº 3.820/1960;



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Considerando o Decreto Federal nº 20.377/1931, que aprova a regulamentação do exercício da profissão farmacêutica no Brasil;
Considerando o Decreto Federal nº 85.878/1981, que estabelece normas para execução da Lei nº 3.820, de 11 de novembro de 1960, sobre o exercício da profissão de farmacêutico, e dá outras providências;
Considerando a Resolução nº 04 de 1º de julho de 1969 do Conselho Federal de Educação, que fixa os mínimos de conteúdo e duração do Curso de Farmácia;

Considerando a Resolução CNE/CES nº 2, de 19 de fevereiro de 2002 (DOU 04.03.2002, Seção 1, pp. 9/10), que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Farmácia,

Resolve:

Art. 1º A inscrição de farmacêutico com diploma devidamente registrado no órgão competente, com formação de acordo com as diretrizes curriculares aprovadas pela Resolução CNE/CES nº 2, de 19 de fevereiro de 2002, deverá ser anotada e registrada na Carteira de Identidade profissional expedida pelos Conselhos Regionais de Farmácia e no respectivo prontuário.

Art. 2º O profissional formado com base na Resolução CNE/CES nº 2 de 19 de fevereiro de 2002, denomina-se "farmacêutico", título que lhe permite a atuação em qualquer área do âmbito profissional farmacêutico.

Art. 3º Fica **assegurado** aos inscritos nos Conselhos Regionais de Farmácia **o direito ao exercício** das atribuições resultantes de sua respectiva formação curricular, **respeitadas as modalidades existentes à época da diplomação.**

Art. 4º A formação delineada nos artigos anteriores deverá observar, quando houver, as resoluções específicas do Conselho Federal de Farmácia que tratam do âmbito profissional.

Art. 5º Esta resolução entra em vigor na data da sua publicação, revogando-se as disposições em contrário, em especial a Resolução/CFF nº 514/2009, publicada no DOU de 08.12.2009, Seção 1, p. 102.

WALTER DA SILVA JORGE JOÃO

Presidente do Conselho

Portanto, a unificação das nomenclaturas dos cargos de Bioquímico e Farmacêutico atendem às disposições legais, conforme devidamente exposto, sendo devidamente legal e constitucional, salvo melhor juízo.

Entretanto, merece atenção outro debate que causa preocupação em razão das consequências jurídicas. Vejamos:



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DA ANÁLISE IN CONCRETO

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, pelo princípio da legalidade, as atribuições e requisitos para o cargo somente poderão ser editados por lei, ou seja, nem decreto e nem outra norma inferior.

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:



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 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 correlatadas 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

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

“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.

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.

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

“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, 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.

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

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.

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

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

quantitativo. Mas, perceba: teve uma lei que criou o cargo e disciplinou quais são os requisitos necessários para que alguém possa assumir o mesmo.

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.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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.

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 Lei Federal nº 4.717/1965 prescreve:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

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

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

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.

Afinal, o que se parece é o seguinte: a Lei Complementar nº 002/1994, a Lei Complementar nº 004/1998 e a Lei Complementar nº 072/2014, em nosso entendimento, apresenta vício de inconstitucionalidade e devem ser devidamente corrigidas. O problema é a dimensão dos efeitos da nulidade de tais leis.

A ponderação dos efeitos da nulidade deve ser responsabilmente analisada em razão da insegurança jurídica em contraponto aos atos necessários a serem praticados pelo gestor público. Só para se ter uma ideia, à título de exemplo, temos a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI N. 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ.

1. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei n. 5.991/73.

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



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.

3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto n. 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto n. 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei n.

5.991/73.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.

5. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei n. 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos.

6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ 08/2008.

Recurso especial improvido.

(REsp 1110906/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 07/08/2012)

Essa Procuradoria Geral sugere o encaminhamento da Lei Complementar nº 002/1994, da Lei Complementar nº 004/1998 e da Lei Complementar nº 072/2014, à Procuradoria Geral do Município de Conceição do Castelo, ao Controlador Interno do Município de Conceição do Castelo, ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e ao Ministério Público Estadual para fins de análise de inconstitucionalidade e possível ADI das referidas leis, salvo melhor juízo, para fins de que, se for o caso, o Poder Judiciário possa moldar os efeitos de possível nulidade de lei por vício de inconstitucionalidade, reduzindo assim as consequências da nulidade.

Diante do exposto, essa Procuradoria Geral sugere o encaminhado do Projeto de Lei Complementar nº 003/2020 à Comissões de Constituição, Justiça e Redação, para fins de emissão de parecer, com especial análise das exceção acima

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

destacadas e, também, do período eleitoral, **opinando, finalmente, pela anti-regimentalidade, ilegalidade e inconstitucionalidade**, salvo melhor juízo.

É o parecer.

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

DIOGGO BORTOLINI VIGANÔR
PG/CMCC

¹ [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 Julgamento: 26/02/2015, Data de Publicação: DJe-041 04/03/2015)

[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



CÂMARA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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.