



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo na Apelação n. 0021940-24.2010.8.17.0001 (0339174-6)

Agravante: Alexandre Viriato de Medeiros e Outros.

Advogado: Gesner Xavier Capristano Lins

Agravado: Estado de Pernambuco

Procurador: Edgar Moury Fernandes Neto

Relator: Erik de Souza Dantas Simões

Relator para o Acórdão: Desembargador JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIO. EXAME FÍSICO ELIMINATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 10.865/93. RAZOABILIDADE DE AFERIÇÃO DA HIGIEDEZ FÍSICA, DESDE QUE ATRELADA À PREVISÃO LEGAL DOS REQUISITOS. AGRAVO PROVIDO.

1. Discute-se na lide em apreço a legalidade da previsão da submissão dos candidatos inscritos no concurso público para provimento do cargo de Agente de Segurança Penitenciária a exame físico, de caráter eliminatório, previsto apenas no edital do concurso.

2. As disposições do instrumento editalício inserem-se no âmbito do poder discricionário da Administração, o qual não está, porém, isento de apreciação pelo Poder Judiciário, se comprovada ilegalidade ou inconstitucionalidade nos juízos de oportunidade e conveniência, como na espécie, em que não há previsão legal para a exigência do teste de aptidão física.

3. Conforme uníssona jurisprudência dos Tribunais Superiores, o exame de aptidão física em concurso público apenas poderá ser exigido se for amparado em lei, por força do que estabelece o inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Precedentes: STJ - RMS: 42674 BA 2013/0148216-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/06/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2014. REsp 1351480/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013. RMS 36.997/AP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 06/12/2012. AgRg no RMS 34.676/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013.

4. Forte em tais razões, a 1ª Câmara de Direito Público desta Corte de Justiça Estadual reconheceu a ilegalidade da exigência do Teste de Aptidão Física, à míngua de previsão legal.

5. Agravo Legal provido, por maioria de votos.




PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo na Apelação nº 0339174-6, em que figuram como Agravante e Agravado Alexandre Viriato de Medeiros e Outros e Estado de Pernambuco, respectivamente, ACORDAM os Desembargadores da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso de Agravo, na conformidade do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 9 de setembro de 2014.


Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Relator para o Acórdão.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

906
R

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo na Apelação nº 0339174-6 (NPU 0021940-24.2010.8.17.0001)

Agravante: Alexandre Viriato de Medeiros e outros

Agravado: Estado de Pernambuco

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Agravo interposto em face da decisão de fls. 179/182, que negou provimento ao Apelo, mantendo a sentença em todos os seus termos, pois, assim como o Juízo *a quo*, não reputou ilegal a etapa física do concurso de Agente de Segurança Penitenciária do Estado de Pernambuco (Portaria SAD/SERES nº 121, de 29/10/2009).

Aduzem os Agravantes que a decisão merece ser reformada, tendo em vista que as Leis Estaduais nº 10.865/93 e nº 11.580/98 são omissas com relação à necessidade de exames médicos, de aptidão física e de avaliação psicológica para ingresso no cargo de Agente Penitenciário, de sorte que somente o Edital é que faz menção a essa exigência.

Alegam que os requisitos em questão devem estar fundados em lei e que a Administração Pública não possui discricionariedade relativamente a esses critérios para provimento de cargos públicos, em respeito à Constituição Federal de 1988.

Pugna, por fim, pelo provimento do Agravo, a fim de que se dê provimento ao Apelo, para declarar nulo o ato administrativo que considerou os Agravantes eliminados no exame físico.

É o Relatório.

Recife, 08 de setembro de 2014.


Des. Erik de Sousa Dantas Simões

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

gof
v

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo na Apelação nº 0339174-6 (NPU 0021940-24.2010.8.17.0001)

Agravante: Alexandre Viriato de Medeiros e outros

Agravado: Estado de Pernambuco

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

VOTO

Trata-se de Recurso de Agravo interposto em face da decisão de fls. 179/182, que negou provimento ao Apelo, mantendo a sentença em todos os seus termos, pois, assim como o Juízo *a quo*, não reputou ilegal a etapa física do concurso de Agente de Segurança Penitenciária do Estado de Pernambuco (Portaria SAD/SERES nº 121, de 29/10/2009).

Aduzem os Agravantes que a decisão merece ser reformada, tendo em vista que as Leis Estaduais nº 10.865/93 e nº 11.580/98 são omissas com relação à necessidade de exames médicos, de aptidão física e de avaliação psicológica para ingresso no cargo de Agente Penitenciário, de sorte que somente o Edital é que faz menção a essa exigência.

Ao analisar as leis que regem a carreira de Agente Penitenciário Estadual (Leis Estaduais nº 10.865, de 14 de janeiro de 1993 e nº 11.580, de 26 de outubro de 1998), é possível constatar que, de fato, não há uma previsão para a realização de teste físico como requisito para investidura no cargo. Vejamos, todavia, o que dispõe o Edital do concurso acerca da matéria:

5.1. O Concurso Público de que trata este Edital será realizado em 02 (duas) etapas, além de ser o candidato submetido à investigação social, de caráter eliminatório, que se realizará durante o processo seletivo, até o término do Curso de Formação.

5.2. A 1ª Etapa compreenderá as seguintes fases:

a) Prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório;

b) Exames Médicos, de caráter eliminatório;

Erik



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

gab
p

c) *Exames de Aptidão Física, de caráter eliminatório;*

d) *Avaliação Psicológica, de caráter eliminatório;*

e) *Investigação Social, de caráter eliminatório;*

5.3. *A 2ª Etapa consistirá na participação no Curso de Formação Profissional, de caráter classificatório e eliminatório.*

Os itens 5.7 e seguintes disciplinaram o exame de aptidão física.

De acordo com o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, Lei nº 6.123, 20/07/1968, em seu art. 17, "*O edital de concurso disciplinará os requisitos para a inscrição, processo de realização, o prazo de validade, os critérios de classificação, os recursos e a homologação*".

Entende-se que "*a Lei Estadual nº 10.865/93, ao criar o cargo de Agente de Segurança Penitenciária, não o desvinculou da aplicação do Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais (Lei 6.123/72)*"¹, por isso este Eg. Tribunal entende no seguinte sentido:

*"É cediço que os Tribunais Superiores têm admitido como válidas, com base no princípio da razoabilidade, exigências que sejam compatíveis com as atribuições dos cargos a serem preenchidos por meio de concurso público. (...) In casu, a previsão de realização de testes físicos como etapa do concurso para ingresso na carreira de Agente de Segurança Penitenciária aparenta-se compatível com as atribuições exigidas pelo referido cargo (...) No mais, não raro, a função de agente penitenciário exige desses profissionais vigor físico acima da média visando a manutenção da ordem e segurança nos estabelecimentos prisionais, bem como quando da saída dos detentos por motivos de ordem de saúde"*².

Com tais observações, consideram vulnerados os artigos 5º e 37, I, da Constituição Federal e as Leis Estaduais acima citadas.

¹ (327939220108170001 PE 0015315-74.2010.8.17.0000, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 08/11/2011, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/4/2011).

² (TJ-PE - ED: 222689901 PE 0023472-36.2010.8.17.0000, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 17/02/2011, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 38/2011)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

gof
P

Sabe-se que, ao efetuarem as inscrições no processo seletivo, os Agravantes submeteram-se às condições estabelecidas no edital, onde expressamente estão previstos os testes de aptidão física e psicológica, de caráter eliminatório, composta por métodos e técnicas de avaliação de aplicação coletiva.

Ademais, importa ressaltar que a natureza da atividade desenvolvida pelo Agente de Segurança Penitenciário é peculiar e relevante, podendo este submeter-se a situações de risco e conflito, além de exigir condições específicas para o exercício adequado do poder que confere o cargo, justificando-se a cautela da administração na seleção dos candidatos.

Assim, pautando-me no Princípio da Razoabilidade, tal como o fiz na decisão recorrida, considero devida a exigência de realização de etapa física para aprovação no concurso em questão, pois, em matéria de concurso público, *"o interesse não é tão somente do candidato, mas também da Administração, que busca selecionar os melhores"*³.

Não há, por conseguinte, como deixar de aplicar o princípio supramencionado. Isso porque *"O princípio da razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça (Fábio Pallaretti Calcini, O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa. Campinas: Millennium Editora, 2003)"*⁴.

Importa salientar, ainda, que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade, de tal modo que sua invalidade deve ser fundada em prova cabal de ilegalidade ou abuso de poder, o que não foi demonstrado nos autos. É que *"A presunção de legitimidade é qualidade inerente a todo ato da Administração Pública, qualquer que seja sua natureza, estando presente desde o seu nascimento, razão pela qual, a obrigação de provar a existência de eventual vício pertence ao administrado"*.

(Assinatura)

³ (20851 MS 2005/0170401-5, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 26/06/2007, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 20/08/2007 p. 296).

⁴ (20851 MS 2005/0170401-5, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 26/06/2007, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 20/08/2007 p. 296).
4
16 - AG nº AG 0339174-6



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

(312392520108170001 PE 0020976-34.2010.8.17.0000, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 15/12/2011, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03).

Na verdade, tem-se que pretendem os Agravantes um tratamento diferenciado, o que é expressamente vedado pelo Edital e pela vasta jurisprudência dos tribunais.

Este e. Tribunal de Justiça entende que *“Os processos de seleção para o preenchimento de cargos públicos devem assegurar a isonomia de tratamento entre os concorrentes, de modo a permitir que os mais aptos sejam convocados”*⁵.

Com tais considerações, **voto no sentido de negar provimento ao Agravo.**

É como voto.

Recife, 09 de setembro de 2014.


Des. Erik de Sousa Dantas Simões

Relator



213
✓

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – 09/09/14
RECURSO DE AGRAVO NA APELAÇÃO Nº 339174-6 – RECIFE/PE
AGRAVANTE : ALEXANDRE VIRIATO DE MEDEIROS E OUTROS
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
RELATOR : DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES

RELATÓRIO E VOTO DO RELATOR ÀS FLS. 206 E 207/210 DOS
PRESENTES AUTOS.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO (PRESIDENTE)

Desembargador Erik, apenas para simplificar. É aquela velha discussão que nós mantemos aqui na 1ª Câmara de Direito Público, Desembargador André Guimarães vai desempatar desta vez: é o exame de aptidão física, digo, é o Teste de Aptidão Física de caráter eliminatório, sem previsão na Lei. Ele, no caso, só tem previsão no Edital.

Eu entendo que, para que seja válido e eficaz esse teste, para que a Administração possa exigir do candidato, o teste tem que ter previsão na Lei: não basta que tenha previsão no Edital. Esse é o entendimento dos Tribunais Superiores: a Lei nº 6.123, de 27/1968 a que se refere o Eminentíssimo Relator, é o Estatuto dos Servidores Públicos e Cíveis do Estado. Não se refere ao Teste Físico, refere-se apenas ao Exame de Aptidão Física e Psíquica: é aquele teste que é feito no Instituto de Recursos Humanos.

A matéria é sempre objeto aqui de divergência na 1ª Câmara. Não sei como tem votado o Desembargador Fernando Cerqueira? Tem me acompanhando... (interrompido)

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Desembargador Fernando Cerqueira, não. Ele me acompanha.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO (PRESIDENTE)

Ele acompanha Vossa Excelência.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Ele entende que a previsão de Edital, eu destaco aqui, que o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis, no art. 17, ele prevê (fls. 208): "O edital do concurso disciplinará os requisitos para prescrição, processo de realização, o prazo de validade, os critérios de classificação, os recursos e a homologação." Então, por conta disso, por existir, digo, por exigir essa previsão e constar no Edital, e

1
✓



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

o cargo é de Agente Penitenciário, com isso entendi que seria necessária e correta exigência do Teste de Avaliação Física.

DOUTOR SALES DE ALBUQUERQUE (PROCURADOR DE JUSTIÇA)

O Ministério Público tem se posicionado nessa Câmara, contrária a essa interpretação que é dada por Vossa Excelência, porque entende que é sempre decorrente de Lei sempre em sentido formal e material. E, considerando que os Agentes Penitenciários são uma carreira específica e que têm Lei própria, (os Agentes Penitenciários não se regem pelo Estatuto do Servidor Público, eles têm Lei própria, assim como a Polícia Militar), então, em razão de ser Lei Especial regulando a carreira, e nela não se prevê, é que o Ministério Público entende que há necessidade, sim, de Lei em sentido formal e material. Uma vez que, o acesso aos cargos públicos, de acordo com a Constituição da República, seus requisitos devem sempre estar previstos em Lei.

E, nesse caso específico, não há previsão legal: há só uma previsão editalícia, que, portanto, contraria a Lei Especial que rege especificamente os Servidores Agentes de Segurança Penitenciária do Estado.

DESEMBARGADOR ANDRÉ GUIMARÃES

Essa questão Eminente Relator, confesso que não havia me deparado ainda com essa questão do TAF, não é, Teste de Aptidão Física. E, recentemente, em razão desse Concurso, ocorreram e chegaram a mim alguns Recursos a respeito. E eu, de certa forma, fiquei e confesso que não tinha conhecimento que a questão já estava mais ou menos, ou, de certa forma, pacificada no Superior Tribunal de Justiça, e, de certa forma, também no Supremo Tribunal Federal.

Pelo que pude observar, na linha do que falou o Desembargador Presidente e o Procurador de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado, ou tem se posicionado nessa linha da necessidade de Lei como requisito necessário à exigência do Teste Psicológico, ou do Teste de Aptidão Física.

Diante desses recentes, e tem alguns casos recentes do Superior Tribunal de Justiça, e por ser a nossa Corte, suprema em matéria infraconstitucional, eu concedi efeito ativo em alguns Agravos de Instrumento, porque no caso específico dos Agentes de Segurança, não há Lei, na Lei de Regência dessa categoria não exige o Teste de Aptidão Física, como requisito para investidura no cargo. Então, eu observo que os Tribunais Superiores, e, notadamente o STJ tem se inclinado nesse sentido, quer dizer: para se exigir os requisitos para investidura em determinados cargos, então tem que haver previsão legal.

Com isso, tenho me posicionado na linha do que o STJ e me posicionei nesses casos: não julguei o mérito ainda, mas me posicionei na análise da liminar, na linha do posicionamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

Justiça, do qual o Eminentíssimo Presidente e o Procurador trouxeram para conhecimento.

Essa é a linha, o Estatuto na hipótese, como o Procurador diz, no caso aqui tem Leis específicas que regulam o cargo de Agente de Segurança, Lei Estadual que regula essa categoria, e na Lei de Regência não há previsão, não é isso? Do Teste de Aptidão Física. Então, eu tenho nos casos que me surgiram sobre esse concurso, eu tenho seguido a orientação do STJ. Acho até razoável que venha uma Lei e exija como requisito ou pressuposto para investidura no cargo.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO (PRESIDENTE)

E foi assim no concurso da Polícia: não havia idade máxima. O Tribunal pelo Grupo de Câmaras e acho que o Procurador Francisco Sales tinha assento no Grupo nessa época, o Grupo de Câmaras cansou de conceder liminar, porque a Constituição estabelecia que a limitação seria matéria de reserva legal. E o Estado tinha feito uma limitação através de Decreto, através de instrumento infralegal.

Até que, finalmente sobreveio a Lei estabelecendo como limite máximo de idade para ingresso na atividade policial, os 28 (vinte e oito) anos.

Essa questão do Teste de Aptidão Física para o Guarda Penitenciário, a questão do Teste Psicotécnico, tudo isso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores têm sido uníssona, no sentido de que é matéria que tem que constar da Lei: não basta que conste do Edital. Se não houver previsão na Lei, a simples previsão no Edital não satisfaz, não supre.

DESEMBARGADOR ANDRÉ GUIMARÃES

A princípio, essa é a minha... (interrompido)

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Essa questão foi bem debatida e muito discutida, eu que já participo aqui como integrante do Ministério Público, desde 98, então se discutiu muito sobre isso: de não ter Lei específica, e se exigir no Edital.

Eu firmei meu convencimento há muito tempo, que era no caso de Policial Militar, que em relação ao Exame Psicotécnico, que não havia previsão editalícia. E aí eu imaginava: como é que um Policial porta arma, não vai passar por um Exame Psicotécnico? Então, eu passei a admitir, em casos específicos, mesmo não tendo previsão legal, mas que tenha previsão editalícia, que é a Lei entre as partes, e que ninguém se insurgiu no momento da feitura do concurso (só se insurge depois quando tem o insucesso), então



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

eu passei a admitir, que mesmo sem previsão legal, em casos específicos deveria exigir, e se poderia. Então, firmei meu posicionamento nesse sentido, por isso que eu mantenho.

E aqui, eu tenho sempre o respaldo do Desembargador Fernando Cerqueira: ele normalmente me acompanha e, nos casos similares, eu também o acompanho. Exceto, no caso de uma tatuagem de Policial Militar, que isso aí eu acho uma coisa, desvio de septo nasal, também seria outra coisa que realmente seria uma injustiça retirar alguém do concurso por conta disso. Mas, em outros casos, aí eu mantive esse posicionamento.

Agora, não me furto a reanalisar e a evoluir possivelmente futuramente. Todavia, por enquanto, eu ainda mantenho meu posicionamento.

DESEMBARGADOR FERNANDO JORGE AMÉRICO (PRESIDENTE)

Imagine que em matéria de Psicotécnico a jurisprudência do Supremo exige a presença concomitante de 3 (três) requisitos: primeiro, previsão na Lei; segundo, que os critérios sejam objetivos.. (interrompido)

DOUTOR SALES DE ALBUQUERQUE (PROCURADOR DE JUSTIÇA)

E a possibilidade de recurso... (interrompido)

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO (PRESIDENTE)

O Exame Psicotécnico não pode ser baseado em critérios subjetivos. E terceiro, a possibilidade de recurso: deve ser assegurado ao candidato... (interrompido)

DOUTOR SALES DE ALBUQUERQUE (PROCURADOR DE JUSTIÇA)

Não basta apenas o inapto, não é? Porque a gente... (interrompido)

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO (PRESIDENTE)

O direito de recorrer. E, inclusive de recorrer se fazendo acompanhar de profissional da área, decisão recente do Supremo Tribunal Federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DECISÃO:

"POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O DESEMBARGADOR RELATOR, DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO."
