

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tribunal de Justiça

5ª Câmara de Direito Público

Proc. Nº 0806270-96.2023.8.19.0001

Apelação Cível

Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelado: WAGNER GOMES ROSA

Pretensão de Segurança. Concurso Público para o Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro. Ato de eliminação do Impetrante para o cargo de (Artífice) – Lanterneiro do Corpo de Bombeiros, em razão do limite etário definido no edital. Ausência de lei restringindo a efetividade do direito fundamental (acesso ao trabalho). Lei inconstitucional por vício de iniciativa. Limitação do direito fundamental por ato normativo (edital) sem base legal. Uso da equidade para efetividade do Direito. Norma que confere direitos relacionados aos objetivos da República. Status de direito fundamental. Impossibilidade de interpretação restritiva, posto que conduz a negação de vigência da própria Constituição. A Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal dispõe que o limite de idade como critério para ingresso no serviço público apenas se legitima quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. Candidato que irá desempenhar a função de Lanterneiro, distinta das outras atividades militares. Limite de idade que não se justifica pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Juízo de equidade individual (epiqueia). Espaço legalmente autorizado pela insuficiência da norma e o contraste com a ordem imaginada, a consciência jurídica geral que emerge das redes intersubjetivas de sentimentos convergentes. Presunção de legitimidade dos atos administrativos ilidida. Direito líquido e certo assegurado na Constituição da República. Substituição da sentença por acórdão de igual teor.

Egrégia Câmara,

O Estado do Rio de Janeiro insurge-se contra a r. sentença (doc. 105968742) que concedeu a segurança e confirmou a liminar, extinguindo o processo, com resolução de mérito, para fins de declarar a nulidade do ato administrativo que, com base no critério exclusivamente etário, considerou o Impetrante inapto e, via

de consequência, determinar a inclusão definitiva do candidato impetrante na lista dos candidatos habilitados ao provimento do cargo de Soldado Bombeiro Militar do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de [Edital 001/2023], no cargo QBMP 3 (Artífice) – Lanterneiro, bem como em todas as etapas posteriores ao exame documental, adotando todas as medidas necessárias para que o Impetrante não seja excluído do certame, inclusive do curso de formação, pelo exclusivo critério etário, tudo sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) e limitada a R\$ 30.0000,00 (trinta mil reais).

Em suas razões (doc. 113684231), alega que: i) a legalidade da eliminação da parte autora, em razão da previsão do critério etário em edital; ii) a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que qualquer restrição etária, limitando os candidatos que poderão participar do concurso e eventualmente serem nomeados e empossados, deve-se justificar pela natureza das atribuições do cargo; iii) não há dúvidas acerca da adequação e da necessidade na hipótese dos autos, bem como dos benefícios da restrição editalícia, na medida em que o concurso está sendo realizado para prover cargos do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, que estarão sujeitos às mais imprevisíveis adversidades; iv) ao Poder Judiciário é vedado adentrar no mérito do ato administrativo, cuja manifestação é expressa pelo juízo discricionário do Administrador Público, conforme a lição da melhor doutrina e, também, da jurisprudência dominante.

Contrarrazões (doc. 114804389)

Vejamos a quem assiste razão.

Pretende o apelado a concessão da segurança para que possa prosseguir no concurso público para ingresso ao quadro de Soldado Bombeiro Militar – Especialidade Lanterneiro, do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, anulando a sua eliminação do certame, em razão do limite máximo de idade fixado exclusivamente no edital, e garantindo em definitivo sua convocação e participação nas demais etapas do certame de acordo com a classificação e com as convocações para a respectiva turma do Curso de Formação da CBMERJ.

Aduz que a Lei Estadual nº 9546/2022, que estabelece o limite de *idade em 32 anos, é inconstitucional, pois tem vício de iniciativa*, uma vez que foi proposta por Deputados. Relata que, em 2019, foi aprovada a Lei nº 8.658/2019, de autoria da Deputada Martha Rocha, a qual fixava a idade limite para o ingresso na PMERJ e CBMERJ em 35 anos de idade, tanto para o Oficial quanto para Praças. Contudo, a referida lei foi suspensa, diante de sua inconstitucionalidade por vício de iniciativa, que deveria ter sido proposta pelo Governador do Estado, ou seja, não existe lei formal e específica quanto a este tema, posto que existe apenas o edital como norma.

Portanto, cinge-se a controvérsia em saber se a imposição de faixa etária no edital do certame em questão, padece ou não de vício de legalidade.

Inicialmente, é de se observar que a limitação de idade encontra esteio na Constituição Republicana de 1988, bem como na Constituição Estadual, senão vejamos:

CRFB/88:

Art. 142 (...) X - *a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.*

CERJ:

Art. 91 - São servidores militares estaduais os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar.

§9º - *A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.*

No caso em tela, porém, o direito líquido e certo do autor decorre da inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.546/2022, sem limitação legal para o direito, uma vez que, em hipótese semelhante, o E. TJRJ declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.658/2019, que fixou idades mínima e máxima para ingresso na carreira militar em razão de vício de iniciativa (Representação de Inconstitucionalidade nº 0003627-12.2020.8.19.0000, com trânsito em julgado em março de 2022). Vejamos:

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 8.658/2019. DEFINIÇÃO DAS IDADES MÍNIMA E MÁXIMA PARA INGRESSO NAS CARREIRAS MILITARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUTORIA PARLAMENTAR.

1) Lei estadual questionada que se reveste de densidade normativa suficiente para que não seja caracterizada como ato de efeito concreto, sendo, pois, admissível a sua análise em sede de controle concentrado. Conhecimento da representação formulada.

2) Consoante o disposto nos artigos 91, caput, e 184, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, os integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, na qualidade de servidores militares estaduais, encontram-se subordinados ao Governador do Estado.

2.1) Por sua vez, o artigo 112, §1º, II, “b”, da mesma Carta, estabelece que são de iniciativa privativa do Governador as leis que disponham sobre servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.

2.2) A definição da idade máxima para ingresso nas carreiras das Corporações Militares do Estado do Rio de Janeiro guarda relação direta com o regime jurídico de servidores públicos, bem assim com o provimento de cargos, sendo, portanto, matéria inserta no campo da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo.

2.3) Sendo a legislação impugnada de autoria parlamentar, forçoso reconhecer o manifesto vício de iniciativa, o que implica em sua inconstitucionalidade formal.

3) A inobservância da iniciativa privativa de lei importa ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 7º da Constituição Estadual, motivo pelo qual resta, também, configurada a hipótese de inconstitucionalidade material.

4) Concessão da liminar que se impõe, vez que satisfeitos os pressupostos legais, a fim de suspender os efeitos da Lei Estadual nº 8.658/2019.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no verbete de Súmula nº 683, estabelece que:

O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Note-se que estamos falando de um direito previsto na Constituição da República e que tem aplicabilidade imediata, onde nem a ausência de Lei impede a sua efetividade, pois a natureza do direito é de eficácia imediata, como determina o art. 6º da Constituição da República:

Art. 6º - São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os Direitos sociais têm aplicação imediata e não estão submetidos à instância administrativa ou mesmo à existência de lei para sua efetividade, como demonstra o mandado de injunção, possível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, que englobam, nesse caso, os Direitos expressos dos arts. 5º ao 11 da Carta da República, onde se inclui o Direito ao trabalho (art.6º).

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora *torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (arts.5º a 11)* e das prerrogativas inerentes à nacionalidade (art.12), à soberania (arts.14 a 16), e à cidadania (art. 1º, inciso II; art.22, inciso XIII).

Sendo que, o parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição da República afasta qualquer dúvida quanto a essa efetividade imediata ao determinar:

§1º - As normas *definidoras de direitos e garantias fundamentais* têm aplicação imediata.

Os Direitos fundamentais de aplicabilidade imediata estão relacionados aos objetivos da República Federativa do Brasil:

Art.3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Por esta razão, a Constituição da República, quando trata no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, confere aplicabilidade imediata no artigo 6º, como referido e no art. 7º determina:

Art.7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social:

A garantia no seu inciso XXIX, de que apenas prescrevem:

XXIX- a ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de...

Nesse contexto, nos termos do art. 20 da LINDB, considerando as consequências práticas da decisão e a partir de uma análise econômica do Direito, parece-nos razoável exigir a limitação etária para o cargo de Bombeiro Militar, em razão do vigor físico exercido no desempenho da profissão, *desde que tal limitação esteja prevista em legislação específica*. Todavia, no caso em análise, o cargo a ser desempenhado pelo autor, lanterneiro (QBMP 3 – artífice), não exige maiores esforços físicos, que são exigíveis para outras atividades militares:

Art. 20. *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.* (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. *A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*

Em outras palavras, se o candidato irá desempenhar tão somente a função de lanterneiro, distinta das atividades exercidas pelos demais bombeiros, não é razoável que se exija limitação etária tão extrema, diante da ausência de correlação da idade com a função técnica a ser exercida.

Ao fazer essa interpretação conforme a Constituição e a natureza do Direito, a Administração Pública aumenta o leque de candidatos postulantes ao cargo, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame, e aperfeiçoa a prestação do serviço público com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública.

Como norma que confere direitos relacionados aos objetos da República, devemos ter em conta que a Constituição ao conferir-lhe status de direito fundamental, impede a interpretação restritiva, posto que conduz a negação de vigência da própria Constituição.

Se o Direito não está regulado em lei, devemos recorrer à equidade para conferir-lhe eficácia, como impõe a Constituição da República através do mandado de injunção em face da ilegalidade ou abuso de poder pela limitação em contraste com os comandos Constitucionais.

Tal postura se coaduna com a previsão do art. 37 da CRFB/1988, que, com a redação dada pela Emenda 19/1988, instituiu o princípio da eficiência dentre os vetores da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Desta forma, a não ser que a instituição que realiza o certame traga aos autos, excepcionalmente, documentação específica, estabelecida em alguma resolução,

referente ao cargo a ser desempenhado, não se vislumbra óbice que o candidato continue a participar das demais etapas do certame, sobretudo porque o Impetrante foi submetido ao teste de aptidão física e exames médicos, tendo sido considerado apto pela própria Administração Pública.

Por fim, como muito bem pontuado pelo MM. Juiz:

“Do art. 2º, da Lei 9.546/22 percebe-se que o limite etário foi estabelecido de maneira genérica, a todo e qualquer cargo dentro da carreira de policial ou bombeiro militar. Tal técnica legislativa acabou por ser incapaz de observar casos em que, diante das atribuições do cargo, tal limitação seria injustificável diante do princípio constitucional do acesso aos cargos públicos via concurso público que, em última análise, concretiza o princípio republicano e os que dele decorrem, como a impessoalidade e a isonomia.

Sendo assim, compreende-se pela ilegalidade da limitação etária, no caso, haja vista que as atribuições para o cargo de lanterneiro não justificam tal restrição”.

Aristóteles foi o primeiro grego a constatar que a *recta ratio*, a lei, era como uma régua de madeira que se aplicava perfeitamente para medir superfícies planas, mas quando havia a necessidade de dimensionar superfícies sinuosas, deixava espaços em branco entre a norma e a realidade posta em julgamento. *A imaginada razão suprema representada pela lei, a ratio summa, necessitava de uma flexibilidade que pudesse medir essas circunstâncias individuais e criar a regra nas hipóteses em que a lei era insuficiente, como frequentemente ocorria com o ius civilis, a lei em Roma e como ocorre agora nesses autos.*

A *regulae* da “arte da medida” necessitava de mais flexibilidade para revelar o justo e verdadeiro: o ponto comum da razão. A lei deveria não ser uma régua rígida sem flexibilidade¹, mas uma régua como a da ilha de Lesbos, que por ser flexível, podia medir as superfícies sinuosas, não deixando espaços sem definição². *É na Ética a Nicômaco, que Aristóteles revela o valor e a distinção entre a equidade individual (epiquéia) que considera o contraste entre as circunstâncias individuais e o comando legal e a equidade social, quando pela ausência de lei, não há regra para a situação posta em análise³.*

¹ “Pois o direito deve adaptar-se a aquelas coisas que acontecem frequentemente e facilmente, e não as que muito raramente acontecem”. Cfr. D.1,3,5. *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, p. 56, Version castellana por A. D’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

² “O que se estabeleceu contra a razão do direito não podemos seguir a regra do direito”. (Iul.27dig.). Cfr. D.1,3,15. *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, p. 56, Version castellana por A. D’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, p. 121, São Paulo, Editora Martin Claret, 2008.

A primeira é a hipótese do cego que entra com o seu cão guia em um local público, onde é proibida a entrada de animais. A norma de higiene, se aplicada sem a consideração das suas necessidades especiais, impede o seu livre exercício de ir e vir, direito fundamental que só vai ser reconhecido se considerada a sua individualidade, reveladora do seu valor igualitário como cidadão.

A equidade social é buscada nas redes intersubjetivas que se formam no tecido social, ligando um número significativo de pessoas, que expressam valores contemporâneos da sociedade, quando a situação em conflito não encontra previsão legal. É o caso, por exemplo, das relações homoafetivas, que negam os direitos sociais a casais homossexuais, não lhes reconhecendo o mesmo valor que casais heterossexuais, no que respeita a direitos hereditários e sociais, como pensão, etc.

Em ambos os casos, a desconsideração desta desigualdade afasta a efetividade de direitos fundamentais como a hipótese de acesso ao trabalho como causa de pedir da segurança.

Os romanos descobrem que a lei, nessas circunstâncias, não é a recta ratio, mas o princípio referencial, que aliada à doutrina e a jurisprudência, possibilita ao aplicador da lei, revelar a lei natural dos humanos, o costume em relação a esse valor, no momento da realização da justiça⁴.

Dentro deste espaço legalmente autorizado pela insuficiência da norma e o contraste com a ordem imaginada⁵, a consciência jurídica geral que emerge das redes intersubjetivas de sentimentos convergentes, *motivadamente*, vai construir uma ordem que expresse a harmonia e o equilíbrio entre a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, posto que recorriam a jurisprudências para melhor alcançar o justo e verdadeiro⁶.

⁴ A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço. O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção. TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção, *Revista de Processo* nº 56, p.43, ano 14, outubro-dezembro, 1989, Editora Revista dos Tribunais.

⁵ Código Suíço de 10 de dezembro de 1907 (como em 23 de janeiro de 2023): ao se referir a aplicação da lei estabelece no seu Art. 1-1. A lei se aplica de acordo com a sua redação ou interpretação a todas as questões jurídicas para as quais ela contém uma disposição. 2. Na falta de disposição, o tribunal decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, na falta de direito consuetudinário, de acordo com a regra que faria enquanto legislador. 3. Ao fazê-lo, o tribunal seguirá a doutrina e a jurisprudência estabelecidas. E a discricção judicial no seu Art. 4. Quando a lei confere discricionariiedade ao tribunal ou faz referência a uma avaliação das circunstâncias ou a uma boa causa, o tribunal deve preferir a sua decisão de acordo com os princípios da justiça e da equidade.

⁶ O parecer do jurisconsulto não se beneficia de qualquer poder coativo, que só o tem o magistrado. Desta forma, o sentido das *responsa prudentium* é o de exprimir o conteúdo de uma regra individual (por dirigida ao caso concreto) que a decisão dos magistrados tornará obrigatória. O seu valor como fonte de conhecimento do Direito estará, assim, ligado ao modo de produção de Direito em que a resposta se inspire: lei, costume, edito, *senatus consulto*... E foi através do seu labor sobre estes diversos fatos de produção normativa que a jurisprudência deu um caráter substancialmente unitário à ordem jurídica romana elaborando conceitos, figuras, regras, princípios comuns a tais fatos. Por isso, a *interpretatio prudentium* não é só método, mas também substância jurídica, ela é essencial para a conservação do edifício social romano. BARBAS HOMEM, Pedro. *Jus e Lex, Estudos de Direito Romano*, p.227, Editora AAFDL, 1989.

Portanto, *para os Romanos a lei não é a expressão absoluta da razão, mas o referencial que dentro do discricionário, constitui uma ordem justa e verdadeira como expressão da consciência jurídica geral da maioria da comunidade.*⁷

O Direito para os romanos, no que respeita a lei, era a referência para o metodológico no caminho do justo, constituído através da sua *praeceptio iuris*: honesto vivere (não abusar do seu direito); alterum non laedere (não prejudicar ninguém); cui queque tribuere (dar a cada um o que é seu).

Revelam que uma pergunta, mesmo com uma resposta incompleta, é mais valiosa do que uma resposta trivial, posto que impulsiona o pensamento na busca da razão, revelando o sistema da dúvida sistemática. Também se utilizavam do reducionismo científico de Descartes, descoberto no século XVII, ao estabelecerem os limites da discussão do justo pela “*litis contestatio*”⁸, estabelecida pelo colegiado dos pretores, que definia o objeto do processo.

Consequentemente, pelos elementos dos autos, há direito líquido e certo ao prosseguimento do Impetrante no certame, devendo ser mantida a sentença concessiva da segurança que impediu o abuso de poder.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da sentença por acórdão de igual teor.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2024.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

Procurador de Justiça

⁷ “Compreender as leis não consiste em reter suas palavras, mas em compreender seu fim e seus efeitos.” (Cels.26 dig). Cfr. D.1,3,17. “As leis, para respeitar sua vontade, devem ser benignamente interpretadas.” (Cels.29 dig.). *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19*, p. 56, Version castellana por A. D’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo, Editorial Aranzadi, Pamplona 1968.

⁸ A *litis contestatio* da época clássica era aquele momento do processo, em que definitivamente se fixava na fórmula o objeto da controvérsia. Nesse momento a posição jurídica dos litigantes ficava perpetuada; o juiz tinha de julgar de harmonia com ela. O efeito principal e característico da *litis contestatio* clássica era o da consumação da ação. Quer dizer, uma ação que, por uma determinada *causa iuridica*, tivesse sido objeto de uma *litis contestatio*, já não podia voltar a propor-se, outra vez, com base na mesma causa -o que se exprimia pelos adágios “*non bis in idem*” ou “*bis de eadem re ne sit action*”. CRUZ, Sebastião. *Direito Romano, I Introdução*. Fontes, 4ª edição, Coimbra 1984, nota 296, p. 246, com referência a A. D’ORS, *Elementos*, p. 73.