



LEGITIMIDADE DAS DISTINÇÕES PARA ACESSO A CARGOS PÚBLICOS PELA VIA DO CONCURSO

NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de conclusão de curso-
Escola de Formação da Sociedade
Brasileira de Direito Público -
SBDP

Aluna: Gabriela Engler

Orientador: Prof. Luis Virgílio Afonso da Silva

São Paulo

2004

Sumário

1. Introdução	3
1.1 justificativa.....	3
1.2 objetivos.....	4
1.3 método.....	4
2. Os preceitos constitucionais aplicáveis	6
2.1 artigo 7º, XXX;.....	6
2.2 artigo 5º, <i>caput</i> ;.....	8
2.3 artigo 37, I, II;.....	9
3. Análise Jurisprudencial	12
3.1 RMS 21.046.....	13
3.2 o benefício da exceção concedido aos servidores públicos e a questão econômica.....	14
3.3 previsão em lei.....	16
3.3.1 ADIn 1.040.....	17
3.3.2 RE 148.095.....	19
3.3.3 AI 460.131.....	21
4. Conclusões.....	24
5. Bibliografia.....	27

1. Introdução

O presente estudo pretende abordar a visão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que tange o acesso a cargos públicos pela via do concurso, considerando o disposto na Constituição promulgada em 1988. Apesar da existência de preceitos vedando expressamente restrições baseadas em idade, sexo, cor e estado civil, percebe-se que a jurisprudência acabou admitindo algumas distinções com base naqueles mesmos fatores de discriminação. Portanto, cabe indagar até que ponto afiguram-se legítimas as limitações para participação em concursos públicos? Como a questão é tratada pelo STF? As dificuldades encontradas no trato do assunto e suas implicações práticas para a sociedade, são alguns pontos a serem discutidos nesse trabalho.

Nesse contexto, procura-se fazer uma reflexão sobre a conduta do Supremo Tribunal Federal diante de uma situação que não comporta tratamento certo e determinado, mas varia conforme as peculiaridades do caso concreto. A existência de decisões conflitantes é indício da problemática inerente ao assunto.

1.1 Justificativa

A reflexão sobre o conceito da igualdade alcança diversas esferas das relações sociais, entre as quais se destaca o acesso às carreiras públicas, que é considerado um dos ícones do Estado de Direito. Salvo algumas situações excepcionais, o referido acesso pressupõe a realização de concurso público, isto é, procedimento administrativo que visa a selecionar os indivíduos mais aptos a exercer determinada atividade. Esse processo, como a própria denominação sugere, é aberto ao público em geral, vale dizer, a todos os cidadãos que integram a sociedade. Contudo, a aplicação prática desse postulado teórico suscita vários problemas para a correta organização e condução do certame.

Muitas vezes a seleção requer parâmetros que indiquem, com maior precisão, o público alvo ideal, assim considerado aquele que reúne as condições de habilidade necessárias para executar a função, notadamente sob a ótica da eficiência da máquina pública. Nesse sentido, pode-se admitir a pertinência da imposição de restrições à participação em concurso de ingresso, desde que observada a legitimidade dos interesses que as impõem. Isso não afasta, porém, o dever de respeitar a princípios constitucionais, tais quais o da isonomia e o da razoabilidade.

Nota-se que a situação exige do aplicador do direito esforço significativo de análise jurídica e sensibilidade social. É justamente nesse desafio que reside a motivação para realização do presente estudo.

1.2 Objetivos

A proposta desse trabalho é bastante singela, não havendo pretensão de produzir reflexão doutrinária mais profunda, nem tampouco alcançar conclusões paradigmáticas.

O objetivo resume-se em apontar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as distinções admissíveis para o acesso a cargos públicos por meio de concurso e, a partir daí, fazer uma análise crítica para concluir que o tema dificilmente comportaria solução única.

1.3 Método

A pesquisa teve início na página da Internet do Supremo Tribunal Federal¹, a partir da qual foi possível tomar conhecimento de diversos acórdãos sobre o assunto. Pelo teor das decisões, ficou evidente que muitas delas, apesar de

¹ www.stf.gov.br

lidarem especificamente com a matéria, não pertenciam ao escopo proposto nesse trabalho². Assim, foram selecionados 26 acórdãos para realização de uma análise qualitativa do problema. Nesse sentido, essa monografia não se propõe a apresentar estudo estatístico das decisões já proferidas, para determinar o sentido jurisprudencial prevalecente, com base em dados simplesmente numéricos.

A partir do exame do material recolhido foi possível observar as grandes linhas de pensamento utilizadas pelos Ministros do STF. Além disso, também foram identificadas contradições no teor dos acórdãos. O esforço para compreensão do tratamento dado à questão, considerando a existência dessas contradições, representou a estrutura do presente projeto de pesquisa.

Com o auxílio de publicações doutrinárias dedicadas ao assunto, procurou-se interpretar a conduta do Supremo Tribunal Federal nessa área, seus argumentos e fundamentos. A partir de certas constatações, traçaram-se algumas críticas pertinentes aos fatos observados, como se verificará no desenvolvimento desse estudo.

² Excluiu-se da análise jurisprudencial os acórdãos que, apesar de abordarem o concurso público, se focavam em outros aspectos da questão, tais como problemas com a previdência e peculiaridades na execução de determinado exame, entre outros assuntos que não pertenciam ao campo de pesquisa.

2. Os preceitos constitucionais pertinentes

Buscaremos, nesse momento, elucidar algumas questões básicas relacionadas ao tema proposto. Primeiramente, é preciso constatar que o assunto envolve uma discussão com alto grau de subjetividade, razão pela qual não se pretende aqui alcançar uma conclusão única ou verdade absoluta, mas apenas identificar e debater os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar a imposição de restrições ao acesso a cargos públicos.

2.1 Artigo 7º, XXX

Começemos por apontar os dispositivos constitucionais que podem ter alguma relevância para o exame da matéria. No cerne da questão, situa-se o artigo 7º inciso XXX, *in verbis*:

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

.....

.....

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

.....

....."

Nota-se que tal inciso tem direta incidência sobre o princípio da isonomia aplicado no acesso ao mercado de trabalho. Não obstante, cabe observar que esse princípio, já exaustivamente discutido em nossa doutrina, possui alcance relativo. É possível e necessário que se aplique tal preceito considerada a diversidade das situações concretas, que, portanto, requerem também

tratamento desigual, para que o resultado final seja realmente isonômico. Essa peculiaridade foi muito bem percebida por Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra 'O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade', que teremos a oportunidade de utilizar mais especificamente adiante.

Prosseguindo nesse raciocínio, é possível concluir que, analogamente, a regra do inciso XXX do artigo 7º também não se reveste de caráter absoluto, vale dizer, admite excepcionalmente distinções com base nos referenciais ali previstos (sexo, idade, cor ou estado civil).

O mesmo se pode dizer em relação a diversos fatores de discrimen não mencionados expressamente no inciso XXX, tais como altura, experiência profissional, entre outros que também poderiam ser validamente aceitos.³ Nota-se que a possibilidade de admissão de caracteres diferenciadores é o consenso que atualmente permeia a doutrina.

Por outro lado, sob uma ótica sistemática, podemos entender que a própria Constituição já assinala os casos em que é permitida a diferenciação em virtude dos mesmos critérios vedados pelo inciso XXX do artigo 7º. Uma demonstração vívida desse argumento pode ser encontrada nas referências constitucionais à idade, como condição para o exercício de determinadas atividades ou funções. A Constituição, em diversas passagens, indica hipóteses de vedação por motivo de idade, como no artigo 14, § 2º, inciso VI (sobre idade mínima para os cargos de Presidente, Vice-Presidente, Governador, Vice-Governador, Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito, juiz de paz e Vereador); artigo 73, § 1, inciso I (para Ministro do Tribunal de Contas da União); artigo 87, *caput* (sobre idade mínima para os Ministros de Estado); artigo 89, inciso VII (idade mínima para o cargo de Conselheiro da República); artigo 101, *caput* (para Ministro do Supremo Tribunal Federal); artigo 104, parágrafo único (para Ministro do Superior Tribunal de Justiça); artigo 107, *caput* (sobre os juizes dos Tribunais Regionais Federais); artigo 111, § 1º (sobre os Ministros do Tribunal

³Adilson Abreu Dallari. Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª edição, São Paulo.

Superior do Trabalho); artigo 123, parágrafo único (sobre os Ministros do Superior Tribunal Militar); artigo 128, § 1º (sobre idade mínima para o cargo de procurador-Geral da República). Nessa linha hermenêutica, poder-se-ia concluir que não são admissíveis outras exceções para as vedações contidas no inciso XXX do artigo 7º, além das hipóteses já expressamente referidas no texto constitucional.

Todavia, parece-nos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não prestigia a interpretação sistemática acima descrita. O Tribunal, assim como grande parte dos doutrinadores, entende o inciso XXX do artigo 7º de forma relativa, ou seja, admite a flexibilização das proibições ali referidas (sexo, idade, cor e estado civil), conforme será demonstrado mais à frente.

2.2 Artigo 5º, *caput*

Também se faz relevante para análise do tema, embora de maneira acessória, o disposto no *caput* do artigo 5º, *in verbis*:

*"Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
..."*

Tal preceito trata de maneira genérica do princípio da isonomia, transpondo os limites das situações abrangidas pelo inciso XXX do artigo 7º. Na verdade, é o artigo 5º que consagra a regra da igualdade dentro da ordem constitucional. Mais uma vez, a igualdade ali expressa não está revestida de caráter absoluto. Na verdade, traduz mais um anseio do homem, do que uma

realidade do mundo.⁴ A igualdade é relativa e a própria Constituição admite várias hipóteses de tratamento diferenciado.

De fato, não existe norma jurídica que seja aplicável indistintamente a todos os destinatários, em quaisquer circunstâncias. No ambiente de pluralidade social em que se desenvolveu a humanidade, é extremamente raro, para não dizer impossível, que se encontre preceito de validade absolutamente universal. Em suma, a igualdade não pressupõe a uniformidade de tratamento jurídico, mas sim, o tratamento proporcional e compensatório a seres vários e desiguais.⁵

2.3 Artigo 37, I, II

Para assegurar a possibilidade de abordagens normativas diferenciadas, a Constituição faz ressalvas indicando que a matéria será tratada em lei complementar, mesmo porque seria inviável que o texto magno descesse a detalhes extremos. Essa peculiaridade é de suma importância para a compilação do presente trabalho. Muitas vezes, é evidente, pelo teor da jurisprudência, que a previsão de lei para dispor sobre a matéria também serve de fundamento para a inserção de fatores diferenciadores no tratamento infraconstitucional a ser dado àquela específica questão. Nota-se que a falta de remissão expressa à atuação do legislador ordinário ou complementar acaba sendo interpretada como impossibilidade da imposição de qualquer tipo de discriminação. O mesmo já não acontece quando existe semelhante referência no texto constitucional, o que amplia o leque de opções legislativas, levando-se em consideração as várias peculiaridades da matéria regulada.

É esse precisamente o caso do artigo 37º, *caput*, incisos I e II, que completa a teia do tratamento constitucional dado ao tema deste trabalho. O dispositivo assegura especificamente o acesso a cargos e funções públicas, *in verbis*:

⁴ Voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard no RMS 21046.

⁵ San Thiago Dantas. Problemas de Direito Positivo, 1953 p.60.

"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 da 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;

....."

Pode-se considerar o artigo 37 como sendo mais diretamente voltado à problemática que se pretende focar no presente projeto, pois trata justamente dos requisitos de ingresso nas carreiras públicas⁶. A enfática menção aos "requisitos estabelecidos em lei" é que dá margem a importantes discussões no Supremo Tribunal Federal sobre a legitimidade da imposição de critérios diferenciadores, para efeito de limitar a participação em concursos públicos.

Para que não se vislumbre excesso de flexibilidade conferido ao legislador ordinário nesse particular, é preciso ressaltar que o artigo 37 como um todo deve ser entendido em consonância com o princípio da igualdade perante a lei (artigo

⁶ Complementando essa noção, ressalta-se também o Artigo 39, § 3º, *in verbis*: Art. 39, § 3º. "Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir."

5º) e com a proibição de discriminação em razão de sexo, estado civil, cor e idade (artigo 7º, XXX).⁷

Dessa forma, damos por encerrada a descrição do contexto constitucional que permeia a discussão pretendida neste trabalho e que permitirá a sua adequada compreensão. De maneira geral, trata-se de três dispositivos bastantes distintos em seus respectivos conteúdos, mas que devem ser interpretados de forma harmoniosa, coerente e sistemática.

⁷ Moacir Antônio Machado da Silva. Parecer da Procuradoria-Geral da República.

3. Análise Jurisprudencial

Isso posto, cabe agora abordar a jurisprudência que trata do assunto. Primeiramente, observamos que é notória a polêmica em torno do estabelecimento de requisitos para o ingresso na carreira pública. Sabe-se que o concurso⁸ de ingresso é evento extremamente disputado, pois desperta grande interesse como opção profissional segura e duradoura. Justamente por isso, é importante a garantia de acesso isonômico, de modo a permitir a participação de todos os interessados. Isto é, a Administração não pode restringir, indiscriminadamente, o acesso ao serviço público e tão pouco permitir o ingresso na carreira sem realização do certame⁹.

Todavia, é fato que algumas funções no serviço público exigem certos requisitos, sem os quais seria inviável o seu desempenho. Algumas dessas condições de capacidade são dificilmente contestáveis, como por exemplo, a exigência de bacharelado em Direito para os cargos de procurador, promotor, magistrado, etc¹⁰. Outros requisitos, no entanto, não se apresentam claramente

⁸ Vale observar nesse ponto que o termo 'concurso' abriga uma gama de definições e conceitos. Por ora, optou-se em adotar a visão de Adilson Abreu Dallari: "concurso público é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção pessoal, mediante aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados." (Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2ª edição, São Paulo).

⁹ Salvo exceção expressa no art. 53, inciso I do ADCT, *in verbis*:

" Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade; (*grifo nosso*).

II - ..."

¹⁰ A exemplo da ADIn 1.326:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO:REQUISITOS PARA INGRESSO. Lei Complementar 81, de 10.03.93, do Estado de Santa Catarina. PRINCÍPIO DA ISNOMIA. C.F., art. 5º; art. 22, I e XVI; art. 37, I.

I. - Servidores públicos estaduais estatutários: ao Estado -membro cabe, legislar, observados os princípios constitucionais federais relativos ao serviço público. Impertinência da invocação da competência legislativa da União inscrita no art. 22, I e XVI.

II. - Pode o legislador, observado o princípio da razoabilidade, estabelecer requisitos para a investidura em cargo, emprego ou função pública. C. F., art, 37, I. Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia no fato de o legislador estadual ter exigido, para o provimento de cargos de Auditor Interno, Escrivão de Exatoria, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Fiscal de Tributos Estaduais, que os candidatos fossem diplomados em Direito, Administração, economia ou Ciências Contábeis.

indispensáveis e abrem espaço para discussão quanto a sua pertinência. Esse é justamente o cerne da questão que se pretende trabalhar aqui.

Seria legítimo impor, por exemplo, limites mínimo e máximo de idade para ingresso em determinada carreira pública? Sob que argumentos tal imposição se tornaria plausível? Haveria possibilidade do estabelecimento de pré-requisitos de ordem física, como estatura, porte, resistência? Até que ponto isso não fere a Constituição Federal? Existem outros interesses a serem atendidos por via de medidas restritivas?

São essas algumas das dúvidas que se pretende esclarecer no curso deste estudo. O Supremo Tribunal Federal vem enfrentando essas questões com frequência, desde o advento da nova ordem constitucional de 1988. Dentre seus julgados, foram encontrados 26 acórdãos a respeito da matéria, sob os mais diversos enfoques.

3.1 RMS 21.046¹¹

Trata-se do primeiro julgado nesse sentido, baseado na atual Carta Política, constituindo o *leading case*¹² sobre a matéria. Nessa oportunidade, os

III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.
Decisão unânime. Presidente e Relator Min. Carlos Velloso. Santa Catarina, 14 de agosto de 1997.

¹¹ EMENTA: Concurso público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, nas circunstâncias do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX): segurança concedida.

A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF, art. 42º, § 11), a todo o sistema de pessoa civil.

É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza do cargo a preencher.

Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.

Decisão por maioria. Presidente Min. Néri da Silveira; Relator Sepúlveda Pertence, 14 de dezembro de 1990. Rio de Janeiro.

Ministros deixaram assentado o entendimento que serviria de orientação para futuros conflitos nesse sentido. Ocorre que esse posicionamento é de sutil conveniência¹³, pois mantém a flexibilidade para decidir em sentidos opostos, conforme as exigências do momento, sem que isso configure uma contradição sob o ponto de vista lógico-jurídico.

O STF afirma que, apesar de o artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal e o princípio fundamental da igualdade serem aplicáveis às relações de trabalho, isso não afasta a existência de situações que podem tornar legítima a imposição de restrições em virtude da natureza da função exercida. Em outros termos, a limitação assim estabelecida deve ser analisada sob a ótica da sua razoabilidade, conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

Na decisão do RMS 21046, os Ministros divergiram quanto à constitucionalidade da fixação do limite máximo de trinta e cinco anos de idade, para a participação em processo seletivo para o cargo de Advogado de Ofício Substituto do Supremo Tribunal Militar. A maioria entendeu que a restrição não seria legítima, por se tratar de distinção arbitrária, vale dizer, sem justificativa convincente. De sua parte, o Ministro Paulo Brossard considerou pertinente a norma restritiva, razão pela qual rejeitou a alegação de sua inconstitucionalidade. Na visão do magistrado, a regra poderia gerar um *“tratamento benevolente, justo ou rigoroso, mas não privilegiado ou discriminatório”*.

De qualquer modo, foram trazidos à baila alguns argumentos específicos que merecem uma discussão mais detalhada.

¹² Entende-se por *leading case* o primeiro julgado sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, que é utilizado como precedente indicado em grande parte das decisões posteriores sobre o mesmo assunto, funcionando como fonte de orientação no entendimento da Suprema Corte.

¹³ Nota-se que o termo ‘conveniência’ não é utilizado para atribuição de sentido crítico ao comportamento adotado pelo STF, mesmo porque uma postura taxativa da Corte tão pouco serviria como resolução pacífica de conflitos.

3.2 O benefício da exceção concedido aos servidores públicos e a questão econômica

Com bastante frequência, encontra-se uma ressalva importante na regulamentação dos concursos públicos. Essa ressalva foi identificada em 8 dos 26 acórdãos pesquisados, todos tratando sobre a imposição de limites de idade.

Muitas das normas que estabelecem requisitos mínimos ou máximos de idade para ingresso em determinada carreira, excepcionam da sua aplicação os interessados que já são servidores públicos. Em outros termos, essa categoria de participantes não se submete à exigência etária para inscrição no certame.

O Ministro Sepúlveda Pertence explicou, em sua confirmação de voto no RMS 21046, a origem de tal distinção. Nesse sentido, observou que a razão histórica da regra sobre limite de idade, assim como a exceção concedida aos servidores públicos, encontra fundamento no artigo 19, § 2º, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis¹⁴, bem como em diversas leis especiais que manifestamente visavam poupar o Tesouro de aposentadorias em curto prazo. Essa preocupação, no entanto, não encontra atualmente mais embasamento, ou seja, o argumento de ordem econômica (que seria perfeitamente plausível considerando-se o princípio da eficiência administrativa) não mais se faz aplicável no presente. Isso porque o artigo 201, § 9º¹⁵, da Constituição atual previu o ressarcimento de cada sistema previdenciário, no caso de contagem recíproca de tempo de serviço para efeito de concessão de aposentadoria, deixando transparecer a falácia do argumento econômico.

¹⁴ Art. 19. "O concurso será de provas ou de títulos, ou de provas e de títulos, simultaneamente, na conformidade das leis e regulamentos.

§ 2º Indeperará de limite de idade a inscrição em concurso, de ocupante de cargo ou função pública."

¹⁵ Art 201, § 9º. "Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei."

O Supremo Tribunal Federal entendeu, então, que a ressalva em favor de quem já estivesse no serviço público não era razoável. Na verdade, a restrição por motivo de idade não se baseava em critério vinculado à condição humana do candidato, mas caracterizava imposição de cunho arbitrário e, portanto, inconstitucional. Observa-se que em todas as decisões nesse sentido, o Tribunal optou por não admitir a restrição que não fosse aplicável indistintamente a todos os competidores. De fato, a norma que estabeleça tratamento mais benéfico a determinado grupo de indivíduos, de forma injustificada, incide no vício de inconstitucionalidade. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, "*... se a lei confere benefício a alguns que exerceram tais ou quais cargos, funções, atos, comportamentos (...) estará delirando do preceito isonômico (...)*"¹⁶

3.3 Previsão em lei

Retomando o que já foi discutido na parte introdutória deste trabalho, cabe agora tratar com mais profundidade da questão relativa à necessidade de previsão legal para imposições de restrições em concursos de ingresso nas carreiras públicas.

O artigo 37 da Constituição Federal, nos seus dois primeiros incisos¹⁷, faz referência ao tratamento infraconstitucional sobre a matéria, quando utiliza a expressão "requisitos estabelecidos em lei". Num primeiro momento, essa prerrogativa do legislador ordinário sugere a existência de grande flexibilidade no trato do assunto, desde que observados estritamente os parâmetros constitucionais. Todavia, essa liberdade legislativa é contida por outros dispositivos constitucionais, como o artigo 7º, XXX, e o artigo 5º, *caput*, que devem ser interpretados em harmonia com o citado artigo 37.

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição, 12ª tiragem. Editora Malheiros, 2004.

¹⁷ transcritos na íntegra nas páginas 9 e 10.

É importante ressaltar que, na maioria dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, havia previsão infraconstitucional das restrições previstas no edital do concurso e, nem por isso, elas foram admitidas. Isto é, muitos dispositivos legais, que continham vedações desarrazoadas em face do princípio isonômico, foram considerados inconstitucionais. Entre outros, assim concluiu o RMS 21033¹⁸, quando apontou a incompatibilidade do artigo 4º, II, da Lei nº 7384/85¹⁹, com o texto constitucional.

A observação atenta da jurisprudência da Suprema Corte nesse particular conduz a uma conclusão de certo modo paradoxal, tendo em vista o seu caráter oscilante. Evidente que o assunto tratado neste trabalho baseia-se em uma avaliação caso a caso, na qual a homogeneidade é um fator distante. Entretanto, pode-se afirmar que a “previsão em lei” assume especial relevância como fundamento do voto proferido pelos vários integrantes daquele Tribunal.

3.3.1 ADIn 1.040

¹⁸ RMS 21033. EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. ADVOGADO DE OFÍCIO DA JUSTIÇA MILITAR. LEI 7.384-85, artigo 4º, II. C.F., artigo 7º, XXX, ex vi do artigo 39, § 2º.

I. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso, inscrito no art. 4º, II, da Lei 7.384-85, não é razoável. Precedente do S.T.F.: RMS nº 21.046 – RJ. Inteligência do disposto nos artigos 7º, XXX, e 39, § 2º da Constituição.

II. Recurso provido. Segurança deferida.

¹⁹ Art 4º “Exigir-se-á dos candidatos a satisfação dos seguintes requisitos:

I - ser brasileiro;

II - ter mais de 25 (vinte e cinco) e menos que 35 (trinta e cinco) anos de idade, salvo se ocupante de cargo ou função pública;

III - estar no gozo dos direitos políticos;

IV - ser bacharel em Direito, graduado por estabelecimento oficial ou reconhecido;

V - haver exercido durante 2 (dois) anos no mínimo, no último decênio, advocacia, magistério jurídico em nível superior ou função que confira prática forense;

VI - ser moralmente idôneo e gozar de boa saúde física e mental, comprovada em inspeção médica;

...”

Lei n 7.384, de 18 de outubro de 1985.

Antes de adentrar especificamente no problema das contradições, observemos o entendimento do tribunal a esse respeito, bem expressado no acórdão relativo à ADIn nº 1040²⁰.

*"Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Cautelar. 2. Argüição de inconstitucionalidade do art. 187 da Lei Complementar nº 75, de 20.5.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), alegando-se incompatibilidade da norma com os incisos I, XIII e LIV do art 5º, e com o art. 37, I, todos da Constituição. 3. **Em linha de princípio, impende entender que a Constituição reserva à lei estipular requisitos e condições ao provimento de cargos públicos, por via de concurso, também no que concerne a qualificações profissionais e inclusive idade. As restrições da lei à admissão ao concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofício, decerto, não podem constituir obstáculo desarrazoado à aplicação dos princípios da acessibilidade de todos aos cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão***²¹. 4. Em juízo cautelar, não se tem, no caso, desde logo, como desarrazoada a norma de lei complementar que prevê o interstício de dois anos, a partir do término do curso jurídico, para o bacharel em Direito

²⁰ Relator Min. Néri da Silveira, Presidente Min. Octavio Gallotti. Distrito Federal. 9 de março de 1994.

Nesse sentido ver também ADIn nº 1326, ementada na nota nº 10.

Também com referência ao tema ver ADIn nº 243:

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO – INSCRIÇÃO – IDADE. Os requisitos para ingresso no serviço público – entre eles, o concernente à idade – hão de estar previstos em lei de iniciativa do Poder Executivo – artigos 37, inciso I, e 61, inciso II, “c”, da Constituição Federal, mostrando-se com esta conflitante texto da Carta do Estado a excluir disciplina específica do tema. Inconstitucionalidade do inciso III do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual “não haverá limite máximo de idade para a inscrição em concurso público, constituindo-se, entretanto, em requisito de acessibilidade ao cargo ou emprego a possibilidade de permanência por cinco anos no seu efetivo exercício”.

Votação por maioria, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, e Néri da Silveira. Relator Min. Octavio Gallotti. Rio de Janeiro, 1 de fevereiro de 2001.

Vale ressaltar que não é objetivo deste trabalho a análise da competência legislativa sobre o tema.

²¹ Grifo nosso.

concorrer ao provimento de cargo do Ministério Público da União. Tratamento da matéria na legislação anterior. Razões gerais de conveniência e o juízo político do legislador. 5. 'Periculum in mora', no caso concreto, que também não se verifica. 6. Cautelar indeferida."

Extrai-se de tal decisão alguns ensinamentos importantes. Primeiro e mais óbvio, o de que a Constituição reserva à lei estabelecer requisitos para ingresso na carreira pública. Não obstante, a lei que disponha sobre o assunto deve atender a todos os princípios constitucionais, em especial o da razoabilidade. Vale dizer, o fundamento de validade da norma legal depende da sua compatibilidade com padrões socialmente aceitáveis e já consolidados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Tais padrões traduzem o senso comum sobre as distinções de tratamento consideradas justas e necessárias para assegurar outros interesses igualmente dignos de proteção pelo ordenamento jurídico.

Em outros termos, como já existe um entendimento na Suprema Corte sobre o cabimento de restrições para ingresso no serviço público, a lei que disponha nesse sentido tem a função de simplesmente formalizar esse entendimento. Quer dizer, é evidente que aquilo que foi sedimentado pela jurisprudência representa as diretrizes que o ordenamento jurídico estabelece para a matéria, e lei que se afasta dessas orientações não tem espaço no sistema. Então, quando se diz que a lei não possui força independente, pretende-se afirmar que a liberdade de inovar a ordem jurídica, por parte do legislador, está limitada pela Constituição Federal, já agora interpretada pelo Supremo Tribunal Federal. Isso não significa um cerceamento da função exercida pelo legislador, apenas demonstra que as restrições já apontadas como inconstitucionais pelo Tribunal dificilmente serão consideradas legítimas, mesmo se previstas em lei.

Figuremos agora a hipótese de não haver lei fixando pré-requisitos para acesso a cargos públicos. Suponhamos também que exista jurisprudência

reconhecendo a pertinência de determinada condição imposta para esse efeito. Nesse caso, poderia o edital adotar a restrição considerada razoável, independente de previsão legal? E se a legislação de outros Estados contiver o mesmo tipo de limitação, como ficaria o princípio isonômico em âmbito nacional?

3.3.2 RE 148.095

Exemplifiquemos a discussão com um caso concreto. No Recurso Extraordinário nº 148.095²², o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da exigência de limite mínimo de altura de 1,60 metro, para ingresso na carreira de agente da Polícia Militar, que foi considerada razoável no caso concreto. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

*“(...) na hipótese dos autos, **o discrimen mostra-se próprio à função a ser exercida. Na carreira policial, surge com peculiaridades próprias a função de agente de polícia. Enquanto, por exemplo, o cargo de escrivão não exige, em si, estampa que se mostre até mesmo intimidadora, no caso do agente tem-se justamente o contrário, em face a uma atuação que pressupõe, à primeira visão, respeito aos cidadãos em geral. Assim, não há como considerar discrepante da ordem jurídica em vigor, legislação que imponha aos candidatos ao cargo altura mínima de 1,60m.***²³ Pouco importa que, na espécie, tenha-se o envolvimento de candidata do sexo feminino. A altura mínima

²² EMENTA: CONCURSO PÚBLICO – AGENTE DE POLÍCIA- ALTURA MÍNIMA – VIABILIDADE. Em se tratando de concurso público para agente de polícia, mostra-se razoável a exigência de que o candidato tenha altura mínima de 1,60m. Previsto o requisito não só na lei de regência, como também no edital do concurso, não concorre a primeira condição do mandado de segurança, que é a existência de direitos líquido e certo.
Relator Min. Marco Aurélio, Presidente Min. Néri da Silveira. Mato Grosso do Sul. 3 de fevereiro de 1998.

²³ Grifo nosso.

exigida mostra-se média, em relação aos padrões brasileiros.(...)"

Como demonstra a passagem do voto acima transcrita, a previsão em lei, respaldada no artigo 37, I, tornava perfeitamente possível semelhante restrição. Firmou-se, dessa forma, o entendimento de que a imposição de limite mínimo de altura para o cargo de agente da polícia era justificável, em virtude da natureza da função a ser exercida.

3.3.3 AI 460.131

Confira-se agora outro julgado posterior da mesma Corte, consubstanciado no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 460.131²⁴. Tratava-se de recurso interposto pelo Distrito Federal pedindo a reforma da decisão da instância ordinária, que considerou inadmissível a exigência de altura mínima para o ingresso na carreira de polícia militar, por não estar prevista em lei, o que contrariava o artigo 37, I, da Constituição Federal. Aquele decisório entendeu que a legislação sobre matéria (Lei nº 7.289/84²⁵, que dispõe acerca do estatuto dos policiais militares da Polícia Militar do Distrito Federal) não fazia qualquer ressalva nesse particular, ainda que expressamente contivesse o requisito

²⁴ EMENTA: Agravo regimental.

- Administrativo. Concurso público para o cargo de polícia militar do Distrito Federal. Altura mínima exigida.

- Necessidade de previsão legal para definição dos requisitos para ingresso no serviço público. Constituição Federal, arts. 5º, *caput*, e 37, I e II. Ofensa reflexa. Agravo que se nega provimento. Decisão unânime. Relator Min. Joaquim Barbosa, Presidente Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 8 de junho de 2004.

²⁵ Art 10. "Art 10 - O ingresso na Polícia Militar é facultado a todos os brasileiros, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, observadas as condições prescritas neste Estatuto, em leis e regulamentos, da Corporação."

Art 11. "Para a matrícula nos estabelecimentos de ensino policial-militar destinados à formação de Oficiais e Praças, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que os candidatos não exerçam ou não tenham exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança nacional."

Parágrafo único. "O disposto neste artigo e no anterior aplica-se aos candidatos ao ingresso nos Quadros de Oficiais em que é exigido o diploma de estabelecimento de ensino superior reconhecido pelo Governo Federal."

Lei nº 7.289 – 84 acerca do estatuto da Polícia Militar do DF.

genérico da capacidade física para o exercício da função. Logo, a falta de previsão legal explícita atentaria contra o princípio da legalidade. Dessa situação seguiu-se a decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa:

*“Nesse sentido, entendo por **inaplicável a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que autoriza a fixação, em lei, de altura mínima para o ingresso no serviço público**, a depender das peculiaridades e especificidades da atividade pública a ser exercida, mesmo para a carreira específica de policial militar. (...) Não havendo qualquer limitação de estatura prevista em lei ordinária, não pode o edital arbitrar uma altura mínima abaixo da qual se vedaria o ingresso na carreira de policial militar, isso porque **os arts. 37, I, 143, § 3º (sic), da Constituição, estabelecem verdadeira reserva legal**²⁶ e, por isso, somente a lei pode determinar critérios específicos de admissão a cargos militares.”*

Causa perplexidade que, embora já havendo jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal admitindo a legitimidade da exigência de altura mínima para ingresso em carreiras policiais, a falta de previsão legal específica tenha inviabilizado a prevalência dessa condição fundamental para boa realização do certame. Em outras palavras, a existência de norma genérica nesse particular (condições físicas adequadas) foi considerada insuficiente para respaldar a restrição prevista no edital. Tal comportamento observado na Corte Suprema sugere uma postura mais preocupada com a formalidade, do que com a realização do ideal de justiça²⁷.

²⁶ Grifo nosso.

²⁷ Não pertence ao escopo deste trabalho uma discussão profunda ou filosófica acerca do significado da colocação *ideal de justiça*. Utilizou-se o termo observando sua conotação geral e abstrata referente ao ideal de igualdade civil entre os homens.

É evidente que os motivos alegados no já citado RE 148.095 (que admitiu a razoabilidade da limitação de altura) tinham justificativa prática. Permitir o ingresso de qualquer pessoa no quadro de agente da polícia militar, sem observação dos requisitos físicos necessários, poderia contrariar o legítimo interesse da sociedade. Considerando-se que se trata de função que demanda esforços físicos ativos, seria no mínimo desaconselhável a admissão de policiais de estatura muito pequena. Tomando-se de empréstimo de Celso Antônio Bandeira de Mello o binômio “elemento discriminatório” e “finalidade”, é possível a realização de uma série de reflexões sobre essa situação específica.

Até que ponto o indivíduo de baixa estatura estaria apto a realizar, de maneira satisfatória, atividades tipicamente policiais? Qual a influência exata do fator estatura no desempenho das funções de um(a) policial militar? Existe uma correlação lógica entre o critério de discrimen e o objetivo que se pretende alcançar com a sua imposição no caso concreto? É uma questão bastante delicada, porém, bem tratada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não obstante a existência de decisão discrepante.

É justamente nesse ponto que se infere o resultado paradoxal apontado no início desse raciocínio. A contradição, contudo, é de complexa interpretação, principalmente quanto às suas implicações na prática. De certo modo, observa-se a transformação da jurisprudência em fator secundário, colocando-se em primeiro plano a observância da formalidade da existência de lei específica, e não apenas genérica. Em outras palavras, o entendimento da Suprema Corte sobre o mérito da distinção é simplesmente desconsiderado, para favorecer o raciocínio formal. Ao meu ver, é precisamente aí que reside o perigo de se enxergar no Poder Judiciário um órgão incapaz de responder aos anseios da sociedade, especialmente no que tange à estabilidade e à segurança jurídica. Parece razoável sustentar que, quando se priorizam questões excessivamente formais, em detrimento de discussões de mérito, tem-se uma situação híbrida e desprovida de conteúdo reflexivo.

4. Conclusão

O presente trabalho pretendeu abordar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange os critérios de admissibilidade em concurso público. Isto é, procurou-se discutir as possibilidades de restrição ao acesso a cargos da carreira pública, assim como o fundamento e a razoabilidade de tais imposições.

Primeiramente, apontou-se os preceitos da Constituição que formam o arcabouço normativo necessário à compreensão da matéria. São eles os artigo 7º, inciso XXX; artigo 5º, caput, inciso XIII; e artigo 37, incisos I, II, entre outros menos relevantes.

Uma vez estruturado e exposto o problema, tentou-se determinar os principais raciocínios acolhidos pelos Ministros do STF, na tentativa de apontar a linha jurisprudencial adotada para a solução dos casos práticos submetidos a julgamento.

Ponto pacífico é o entendimento de que restrições impostas à participação em concurso público são pertinentes, caso atendam aos requisitos da razoabilidade e da igualdade, observada a natureza da função a ser exercida. Vale dizer, existe consenso no Supremo Tribunal Federal no sentido de que é possível a adoção de critérios selecionadores e, portanto, vedações para participação em certame, desde que essas restrições sejam consideradas fundamentais e indispensáveis para realização da atividade inerente ao cargo em disputa.

De fato, é essa a concepção mais sensata e que também vem sendo prestigiada pela doutrina nacional. Em 1973, durante o II Curso de Especialização em Direito Administrativo realizado pela Pontifícia Universidade Católica, acordaram sobre o assunto os participantes do evento, entre eles Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Seixas Ribeiro Bastos e Michel Temer, que "*pode ser*

estabelecida limitação para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correlação lógica entre o elemento discriminador e o discrimen estabelecido."²⁸ Nesse sentido, percebe-se que o ordenamento jurídico admite restrições no acesso a cargos públicos, ainda que artigos constitucionais expressamente vedem tal diferenciação, desde que não haja afronta ao princípio da isonomia. Tanto a imposição de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitas ou não, caso respeitem ou violem o princípio da igualdade. Vale dizer, caso sejam ou não pertinentes, o que somente poderá ser verificado em cada caso concreto²⁹. Ainda na condução desse raciocínio, identificou-se o *leading case* sobre a matéria, o RMS 21046.

Analisando qualitativamente a jurisprudência sobre o assunto foi possível identificar alguns pontos relevantes para compreensão da questão. O STF apontou o benefício de exceção concedido aos já servidores públicos - quanto aos requisitos de ingresso - como inequívoca violação aos princípios da razoabilidade e da igualdade, configurando-se fator de diferenciação inaceitável sob a ordem jurídica vigente.

Não obstante, a questão mais polêmica - e sem dúvida a mais extensivamente abordada nesse estudo - consiste na reserva legal para imposição de restrições no acesso a cargos públicos. O tema mereceu destaque pois traz à tona contradições e questionamentos.

É evidente que se faz necessária lei para estabelecer critérios que limitem o ingresso na carreira pública, isto é, a própria Constituição não poderia se incumbir de tal função. Contudo, não basta a previsão em lei, mas é necessário também que o fator discriminatório seja justificável em função do seu objetivo. É

²⁸ II Curso de Especialização em Direito Administrativo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Texto referente à assembléia da aula sobre "Direitos e vantagens dos Servidores e dos Funcionários Públicos - Princípios Constitucionais Relativos aos Funcionários", realizada em 7 de abril de 1973.

²⁹ Adilson Abreu Dallari. Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª edição, São Paulo.

senso comum que a lei não pode trazer em seu escopo restrições desarrazoadas e que firam a isonomia.

Em suma, não se trata de uma questão meramente formal e distante do real propósito da prerrogativa conferida ao legislador ordinário nesse particular. Se alguma arbitrariedade é identificada no texto legal, então cabe ao Poder Judiciário decretar a inadequação da norma.

Uma vez acordado que a norma prescreve algo útil e necessário, é inevitável questionar a possibilidade de dispensa dos quesitos previstos nessa norma, caso ela seja inexistente. Em verdade, a crítica pretendida reside precisamente no fato de haver situações praticamente idênticas que acabam por comportar tratamento diverso em virtude de razão meramente formal.

Vale ressaltar que em hipótese alguma se contesta aqui o princípio da legalidade que é corolário do Estado de Direito. Apenas se aponta a irregularidade na jurisprudência de um Tribunal que exerce, na prática, um papel que não é estritamente técnico-jurídico, mas também possui um componente político³⁰. Na verdade, espera-se que o mais importante Tribunal do país também leve em conta a repercussão de suas decisões no plano das relações sociais e econômicas³¹. Dessa forma, não faz muito sentido que, por razões estritamente de forma - e não de mérito - o julgamento produza um resultado final contrário à jurisprudência pacífica, como foi possível observar no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 460.131.

Por fim, apenas uma colocação. Até que ponto essa conduta judicial observada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro dos anseios de uma sociedade que, em última instância, depende das decisões deste Tribunal para conduta de suas relações sociais?

³⁰ A exemplo da recente função atribuída ao STF com a aprovação do Conselho Nacional de Justiça.

³¹ Importa notar que não é pretensão do presente estudo a reflexão sobre o papel político do Supremo Tribunal Federal, constando aqui apenas como observação.

5. Bibliografia

BELLO, Raquel Discacciati. *O Princípio da Igualdade no Concurso Público*. In Revista de Informação Legislativa, nº 131 jul – set 1996 (ano 33), Brasília.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *A exigência de Concurso Público após a Constituição de 1988*. São Paulo, Ltr, 1994. volume 58-II.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 1984.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 4.

COSTA, José Maria da. *Manual de Redação Profissional*. 2ª edição – Campinas, SP: Millennium, 2004.

CUNHA, Elke Mendes. *Concurso Público (visão jurisprudencial)*. Tese de mestrado em Direito Constitucional. PUC – São Paulo, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª edição, revisada. São Paulo, editora revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Concurso Público na Administração Indireta*. In Revista de Direito Público, nº 93, São Paulo, editora revista dos tribunais, jan-mar 1990 (ano 23).

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Concurso Público na Administração*. In Revista dos Tribunais, v. 716. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição, 12ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio do Concurso Público na jurisprudência do Supremo Tribunal federal*. In Revista de Informação Legislativa, nº 100, 1988.

MENEGALE, J. Guimarães. *O estatuto dos funcionários*, vol. 1 (artigos 1º a 152). Editora Forense, Rio de Janeiro.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. 4ª edição rev., ampl. E atual. – São Paulo. Saraiva, 2002.

RAMOS, Liliam da Silva. *Administração Indireta – Concurso Público*. In Revista de Direito Público nº 92 (ano 22). São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1989.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22 ed. Ver e ampl. De acordo com a ABNR – São Paulo. Editora Cortez, 2002.