

Concurso público. Instrumento constitucional de investidura em cargos e empregos públicos. Restrições usualmente inseridas nos editais e o princípio da isonomia. Observância do prazo de validade do concurso. Preterição de ordem e seus efeitos*

Jair Eduardo Santana

Palavras-chave: Concurso público. Administração Pública. Direito administrativo.

O tema *concurso público* é, antes de tudo, sedutor. A maior razão disso talvez seja a multiplicidade de enfoques possíveis permitidos pela abordagem respectiva. E isso também é muito instigante trazendo para nós todos inúmeros - para não dizer incontáveis - desafios.

Dos tópicos parciais que estão anunciados irei abordar inicialmente o *foco constitucional*, local onde reside toda a matriz da isonomia que é, em meu sentir, um dos grandes tormentos ou uma das grandes preocupações que se colocam ao redor do tema de referência.

Tratarei também do prazo de validade dos concursos alcançando algumas conseqüências que daí decorrem e também passarei por algumas restrições usualmente postas nos editais (enfoque conexo à *isonomia*).

Registrei inicialmente que o tema é sedutor. Renovo a premissa e acrescento que o assunto é também apaixonante. Assim para lembrar, segundo um pensador alemão, Karl Loewenstein, que o homem é movido por três incentivos fundamentais: o poder, a fé e o amor, onde incluo a paixão. E nesta, na paixão, para o nosso caso de hoje, somo o poder. Quero dizer que decorrendo do exercício do poder (e obviamente refiro-me ao poder político) está sempre em efervescência todo aquele valor subjetivo que se hospeda na mente humana e que lamentavelmente turva tanto a decisão política quanto a decisão administrativa.

Digo isso porque os grandes problemas que desembocam no Poder Judiciário (a propósito do assunto *concurso público*) vêm sempre impregnados de considerável carga de subjetividade e ausência da mais pura razão. Ora envolvem uma tentativa de apadrinhamento, por vezes cuidam da exclusão injustificada de um grupo de pessoas ou ainda, no pior dos casos, retratam a infeliz pobreza de espírito de alguns agentes das diversas administrações públicas que fazem do *elemento humano* o instrumento e o resultado de seus descompassos comportamentais.

Lembro, a esse propósito, que os registros jurisprudenciais são extremamente *ricos* em tal sentido. E nem digo dos *casos* sabidos que não têm registro.

Importa-nos que a delimitação do assunto *concurso público* deve ser feito na sede constitucional. Embora tenhamos hoje 54 emendas constitucionais em vigor, e apesar dessa inflação legislativa que assola o País, a Constituição Federal é a nossa base, é o começo para as nossas reflexões e para o desenho e a conformação desse instituto. Não há como fugir desse parâmetro.

É ali na Constituição Federal que iremos encontrar todo o esqueleto, toda a moldura ou quadro que conforma e dá forma a esse cenário.

Sempre tive dúvidas sobre a origem do *concurso público* como princípio constitucional. Penso que a *morada* desse valor, sob o prisma transcende até mesmo os documentos produzidos em França a

partir da Revolução.

Mas seja como for, o fato é que - por mais reducionista que seja a nossa abordagem - o tema é edificado em via de mão dupla. De um lado prestigia-se o sujeito. E, de outra parte, instala-se na Administração Pública um mecanismo de seleção daqueles que participarão, em menor ou maior grau, da efetivação das funções estatais através dos respectivos órgãos públicos, falando de maneira genérica.

Mas o que é o concurso público?

Pode ser várias coisas ao mesmo tempo. E dentre tais coisas está uma dimensão instrumental ou *veicular*. Ou seja, pode ser o concurso a ligação entre aquelas duas pistas às quais me referi há pouco. Quero dizer, pode o concurso ser entendido como sendo o veículo através do qual o cidadão, o indivíduo, preenchidos os requisitos legais, integra as ramificações do poder político.

Pode ser que o concurso público seja entendido também como um princípio constitucional dada a magnitude de que se reveste a respectiva regra ou texto normativo.

Mas, nessa mesma linha de idéias, o concurso pode ser encarado como *procedimento*.

Importante lembrar, no entanto, que o concurso é a regra que comporta exceções. Para o ingresso no setor público, dizem à boca miúda, necessário é submeter-se ao concurso. E com todas as dificuldades e problemas existentes, a mente humana ainda não foi capaz de conceber uma via de recrutamento mais adequada que o concurso.

Se dito foi que o concurso é regra que aceita exceções, lembro que em muitas circunstâncias o indivíduo é assentado nas ramificações e estrutura administrativa sem que tenha que se submeter a qualquer tipo de certame (no sentido ora empregado).

Assim, por exemplo, há aqueles que tomam o poder sendo eleitos pelo voto popular. Exercem na administração pública papel fundamental, mas não se submetem ao concurso e sim ao voto. É fato, no entanto, que os eleitos o são por prazo certo.

Há magistrados ocupando altos postos do Poder Judiciário e, em muitos casos, a chegada a tais lugares não se deu pela via do concurso público. Por exemplo, uma quinta parte é composta por membros da advocacia e do Ministério Público. Tais pessoas não fazem concurso para magistratura.

Outro exemplo: o Supremo Tribunal Federal é composto por Ministros escolhidos pelo Presidente da República. Em momento algum a Constituição Federal exige que tais escolhidos pertençam às carreiras da magistratura. Os pressupostos são, basicamente em tal caso, possuir mais de 35 e menos de 65 anos de idade, ter notável saber jurídico e possuir reputação ilibada. Há uma *sabatina* no Senado Federal (não é concurso) que aprova o indicado por maioria absoluta.

Um terceiro exemplo: os Ministros e também os Conselheiros das Cortes de Contas, que desfrutam das mesmas prerrogativas dos magistrados (inclusive a vitaliciedade), também não fazem concurso. Seguem uma outra regra constitucional e adquirem o vínculo com o Poder Público. Neste caso, conjugam-se exigências de idade, idoneidade e conhecimentos técnicos. A escolha é feita pelo Presidente da República (1/3) e pelo Parlamento (2/3). A regra constitucional é essa e assim foi a opção política fundamental.

Uma outra exclusão (relativa a obrigatoriedade do concurso público) que também merece registro se refere a ocupação de cargos importantíssimos existentes na justiça eleitoral. Refiro-me em especial a composição do Tribunal Regional Eleitoral onde dois juízes são escolhidos entre seis advogados. Exigem-se tão-somente para a hipótese notável saber jurídico, idoneidade moral e indicação pelo Tribunal de Justiça.

Também para tomar assento no Tribunal Superior Eleitoral sem prévio concurso existe uma mecânica similar à falada. Dois membros daquela Corte são nomeados pelo Presidente da República desde que apresentem notável saber jurídico, idoneidade moral e sejam indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas ainda há outras exceções previstas na Constituição Federal. É o caso daqueles que se encontram no próprio artigo 37 inciso II. Refiro-me aos cargos em comissão, os quais se destinam tão-somente, na forma do artigo 37, incisos V, às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Também aqueles contratados temporariamente não estão sujeitos a regra do concurso. Trata-se da contratação por prazo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público. É o que diz o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, cuja abordagem não me tocará aqui. Refiro-me ao processo seletivo simplificado.

Pelo que vimos até agora, o concurso público é a regra que comporta diversas exceções.

Mas o que parametriza o concurso público em termos vetoriais? Vale dizer, qual o arcabouço principiológico do concurso público?

A resposta mais uma vez está obviamente na Constituição Federal e decorre do confronto ou do embate entre o indivíduo e o Estado. De tal contraste sobressai primeiramente a isonomia ou igualdade. Sobreleva-se também princípio da competitividade ou da competição, que nada mais é do que um reflexo da já falada isonomia. Também fica em destaque um outro vetor que é a moralidade administrativa. Também não se poderia deixar de dizer que o sistema meritório ou o sistema de mérito é algo que está entranhado nessa mesma moldura. E será por ali, no mérito, que a Constituição Federal privilegia - de acordo com determinadas circunstâncias - a igualdade, ao estabelecer que as exigências do certame devam guardar conexão com a complexidade do cargo a ser provido.

Basta ver que o artigo 37, inciso II, cuida da aprovação prévia em concurso público de provas ou concurso público de provas e títulos que se realiza de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Repito que aí está evidenciada a necessidade de se manter o equilíbrio entre as exigências feitas abstratamente no edital e a complexidade fática do cargo. Qualquer descompasso ou desequilíbrio existente neste setor não pode ser aceito.

É de se notar que nem mesmo a redação anterior do dispositivo constitucional em avaliação, antes da reforma trazida pela Emenda 19/98, autorizava entendimento diverso.

Embora o texto anterior à Emenda 19 não fizesse referência à *complexidade do cargo* é óbvio que a

pertinência entre as exigências abstratas e as demandas concretas deveriam sempre estar materializadas. A razão disso é que também a Administração Pública, para o caso específico, está sob o influxo de um outro princípio: a *razoabilidade*.

Já que ingressamos no inciso II do artigo 37, é de se ver que ali não há espaço para qualquer subjetivismo. Ainda que tratemos de provas abertas (referindo-me às provas discursivas e não de múltipla escolha), os critérios para a aferição de pontuações devem estar bem esclarecidos e logicamente o Poder Judiciário pode atuar para dar norte à conduta da Administração.

Muito ainda se pergunta a respeito dos títulos já que as provas são ou de conhecimento, ou de conhecimentos e títulos. Sempre se quer saber se os títulos são para simples classificação ou se conjugados com as notas das provas podem levar à reprovação.

A polêmica talvez seja mais doutrinária do que jurisprudencial já que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto Superior Tribunal de Justiça dizem que a reprovação pelos títulos é possível. Assim por exemplo pode ser visto no RMS 9521 (STJ).

O STF, decidindo Recurso Extraordinário, pontuou que a prova de títulos pode resultar pontuação que, contrastada com a das provas técnicas, leva eventualmente à reprovação do candidato.

Ademais a prova de títulos pode ser até mesmo eliminatória, é o que diz a jurisprudência atual.

Já sabemos então que o concurso público é regra que comporta determinadas exceções e os parâmetros principiológicos atraídos são a isonomia, a competição, a moralidade administrativa e o sistema meritório, a razoabilidade e alguns outros.

Sabemos também dos limites das provas e das provas e dos títulos.

Agora é importante analisar e decantar a isonomia já que é ali que a maioria das dificuldades práticas aparece.

Lanço algumas perguntas:

- O indivíduo portador de cegueira absoluta pode ser magistrado?
- A pessoa de pouca estatura pode ser policial militar ou delegado de polícia?
- Admite-se validamente a exigência de escolaridade mínima ou de tempo de exercício de atividade profissional num determinado concurso?
- É possível limitar a idade ou estabelecer parâmetro etário máximo para um determinado cargo público?

A casuística é infinita, mas a partir delas é possível retirar um molde válido e aceitável pelo sistema normativo.

Para o primeiro caso (o do portador de cegueira absoluta), há de se verificar que em se tratando de concurso para provimento de cargos da magistratura, a norma primária (norma que rege a espécie) está posta no artigo 93, inciso I, da Constituição Federal. Ali está escrito, por outras palavras, que *lei complementar* disporá sobre o Estatuto da Magistratura e também sobre o

ingresso na carreira *através de concurso público de provas e títulos*, com a participação da OAB em todas as suas fases. Finaliza o dispositivo mandando que as nomeações obedecem a ordem de classificação.

O Estatuto da Magistratura, no caso, é a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura) e esta não prevê reserva de vagas para deficientes.

Estamos diante de uma *omissão normativa*. Mas tal omissão é intencional ou quando tal Estatuto foi criado a hipótese não era previsível? Lembro que a LOMAN é de 14 de março de 1979.

Uma outra questão que inevitavelmente surge é: o inciso VIII do artigo 37 (que cuida da reserva de vagas para deficientes nos concursos públicos) se aplica frente ao artigo 93, inciso I?

Recentemente, num concurso realizado pelo TRF da 4ª Região (Porto Alegre) para provimento de cargos de juiz substituto, um candidato portador de deficiência visual completa teve sua inscrição indeferida. Em 1999 uma cega também teve sua inscrição indeferida e, à época, ficou escrito que a *deficiência que a candidata apresentava indicava incapacidade absoluta com o exercício da magistratura*.

O problema passa a ter mais densidade, a partir de tal parâmetro. Será que o exercício da função de magistrado não pode mesmo ser realizado por cego?

Importante opinar. A posição reinante é a de que a cegueira é incompatível com o exercício da função. Mas há de se pensar o contrário, notadamente no cenário *de inclusão* em que a sociedade democrática hoje se encontra. Talvez o fundamento da *tese inovadora* nem seja o inciso VIII do artigo 37 que, aparentemente não se aplica àquela hipótese específica das carreiras da magistratura.

Ocorre que a Constituição Federal valoriza sobretudo a *dignidade da pessoa humana* e qualquer discriminação despida de fundamento não pode ser suportada. A discriminação ao cego, no caso, vai perdendo fôlego na medida em que as possibilidades tecnológicas avançam, ganham corpo, tornando os deficientes no geral mais aptos ao exercício de dadas funções públicas.

Lembro que na sistemática processual o magistrado sempre pode se valer de terceiros para a formação de sua convicção. Assim ocorre nas perícias, nas inspeções e nas traduções. O tradutor juramentado nada mais é do que um auxiliar do juiz. O mesmo se diga do perito.

E mais: na estrutura interna da magistratura bem pode haver uma adaptação das atividades respectivas. Acaso se entenda que o magistrado cego não pode *coletar prova oral* que a ele sejam dados casos onde não haja o exercício dessa tarefa; que fique ele, por exemplo, responsável pelo processo e julgamento de feitos que independam da produção oral de prova.

Enfim, parece que o instante é de se rever a postura atualmente tomada sobre o tema para avaliarem-se, de fato, as potencialidades dos candidatos cegos diante das demandas da Administração Judiciária.

No Ministério Público já se faz previsão editalícia para abrigar candidatos portadores de deficiência física e também temos notícia de que na Procuradoria da República existe cego exercendo a atividade respectiva.

Para finalizar a presente discussão tenho que lembrar o seguinte: há de se verificar qual norma rege o caso, pois pode ser que os cargos a serem providos sejam da *justiça estadual*. Pode ser que ali, na organização da justiça de um determinado Estado, se preveja a *reserva de vagas* para deficiente o que, em meu sentir, seria de todo louvável.

Ficamos, por ora, com a impossibilidade do cego participar dos concursos para a magistratura, enquanto não forem revistos os entendimentos reinantes.

Mas, retomando as demais questões (*estatura*): a pessoa de pouca estatura pode ser escrivão ou delegado de polícia?

Um metro e sessenta centímetros pode ser *balizador* a desigualar candidatos que preenchem os demais requisitos do edital?

Confira-se o entendimento do STF para duas hipóteses distintas:

Razoabilidade da exigência de *altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia*, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência. (RE 140.889. Relator: Min. Maurício Corrêa. *DJ*, 15 dez. 2000) (os destaques são meus)

Concurso Público - *Fator altura*. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. *No âmbito da polícia*, ao contrário do que ocorre com o agente em si, *não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão*, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado. (RE 150.455. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ*, 07 maio 1999). No mesmo sentido: AI 384.050-AgR. *DJ*, 10 out. 2003; RE 194.952. *DJ*, 11 out. 2001 (os destaques são meus)

A terceira questão levantada era: admite-se validamente a exigência de *escolaridade mínima* ou de *tempo de exercício de atividade profissional* num determinado concurso?

Obviamente que sim, porém à vista de condicionantes. "*a comprovação de escolaridade deve ter pertinência com o desempenho da função*" e sua comprovação se faz na forma da Súmula 266 do STJ (o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público). É o que disse no RMS 17641/RJ, na Relatoria da Ministra Laurita Vaz.

A exigência de comprovação de *registro no Conselho Regional das áreas de conhecimento "x" e "y", por prazo igual ou superior a dez anos, é permitida* porque "a ordem constitucional, respeitado o princípio da legalidade e a isonomia entre os concorrentes, confere à Administração Pública competência para fixar os requisitos para a inscrição em concurso público destinado ao provimento de cargos que exigem de seus ocupantes maior capacidade técnica e experiência, como, por exemplo, os de Auditor Fiscal. No caso não se verifica qualquer ilegalidade no indeferimento da inscrição de candidato que não satisfizesse os requisitos estabelecidos no edital de certame para provimento de Auditor Fiscal estadual que, ao exigir dez anos de exercício de função ou atividade

profissional de nível superior, pressupõe o registro no Conselho Regional das áreas de conhecimento exigidos" (RMS 10241/PB. Relator: Min. Vicente Leal).

Concursos - Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal (STF), indeferiram liminar requerida por dois candidatos ao 22º concurso para o cargo de *Procurador da República*. Eles pediam para ser afastada a exigência de *declaração de três anos de atividade jurídica no ato da inscrição*. No Mandado de Segurança (MS) 25511, o ministro Celso de Mello entendeu não estar caracterizada a plausibilidade jurídica do pedido formulado e mencionou diversos precedentes do STF sobre a matéria. Neles, considerou-se razoável o critério objetivo adotado (comprovação de experiência jurídica) para selecionar candidatos com maturidade pessoal e profissional para exercer o cargo. (STF, Notícias, 25 set. 2005).

A última questão (*relativa a idade*): é possível limitar a idade ou estabelecer *parâmetro etário mínimo* para um determinado cargo público?

A idade, como limitador ou discriminante, não tem efeito absoluto. O acórdão que se segue é bastante para esclarecer a questão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO LIMITE DE 25 ANOS DE IDADE. RAZOABILIDADE RECURSO IMPROVIDO (RMS 14437/PE; Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

1. Inexiste na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional qualquer determinação expressa quanto ao limite mínimo de idade para ingresso na carreira da Magistratura, sendo certo, por outro lado, que não se cuidou nessa disciplina de se elencar os requisitos do ingresso na função jurisdicional, limitando-se o constituinte e o legislador a estabelecer a condição obrigatória de que o provimento resulte de concurso e que o cargo inicial seja de Juiz Substituto.

2. É própria, por consequência, de norma estadual, por força da autonomia dos Estados-membros, a disciplina dos demais requisitos para investidura no cargo de Juiz e exercício da função jurisdicional, ajustando-se a essa competência que se estabeleça pela Lei de Organização Judiciária, pelo princípio do autogoverno do Poder Judiciário, expressão da separação das funções do poder do Estado, respeitados os princípios insculpidos na Constituição da República, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e na própria Constituição Estadual.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma constitucional que proíbe tratamento normativo discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público, não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em consequência, a estipulação de exigência de ordem etária, quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo a ser provido (cf. RMS nº 21.045/DF, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 30/9/94).

4. O exercício da função judicante não exige somente o saber jurídico, mas, também, equilíbrio e maturidade, indispensáveis ao ato de julgar.

5. *O limite de 25 anos de idade imposto pelo Código de Organização Judiciária do Estado para ingresso na Magistratura estadual se apóia em critério razoável e em nada contradiz a Constituição da República, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Precedente do Supremo Tribunal Federal.*

6. Recurso improvido. (os destaques são meus)

Assim, o magistrado deve ter 25 anos de idade, no mínimo.

E aquele que ocupará o cargo de Auditor do Tribunal de Contas?

Analisemos a decisão:

RMS - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO AUDITOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO - REQUISITOS LIMITE DE IDADE E EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL - INCONSTITUCIONALIDADE E OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INEXISTÊNCIA - MODELO FEDERAL E PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - OBEDIÊNCIA (RMS 12399/RO; Rel. Min. Gilson Dipp).

I - Segundo estatui o artigo 75 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, será exigido para o cargo de Auditor os mesmos requisitos fixados para o cargo de Conselheiro, a saber, ter mais de 35 anos de idade e possuir mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos jurídicos, econômicos e financeiros ou de administração pública.

II - A arguição de inconstitucionalidade de tal artigo não prospera.

A legislação local, em obediência à Constituição Federal, adotou para o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, inclusive no tocante à investidura nos cargos públicos, o modelo federal compulsório. Segundo esse paradigma, a Corte de Contas local, deve atender, em âmbito estadual, ao sistema traçado pela Lei Fundamental para o plano federal.

III - Por outro lado, a vedação constitucional quanto ao limite de idade para acesso a cargos públicos não é absoluta, devendo observar o princípio da razoabilidade. Neste sentido, totalmente plausíveis os requisitos previstos no Edital 001/98, do respectivo certame, uma vez que fixados em razão da natureza e complexidade do cargo e em face da possibilidade do Auditor vir a exercer o Cargo de Conselheiro. Raciocínio contrário implicaria na subversão das normas constitucionais, já que permitiria a qualquer cidadão, independentemente do preenchimento das condições estabelecidas para o Cargo, o exercício da função de Conselheiro, ainda em que em caráter precário, como substituto. Neste diapasão, afasta-se a alegada ofensa ao princípio da isonomia.

IV- Desta forma, escoreito o ato do Presidente do Tribunal de Contas Estadual ao indeferir a inscrição do recorrente, no mencionado processo seletivo, por não ter o mesmo atingido a idade limite e nem comprovado a experiência profissional exigida

para o cargo pleiteado.

V- Recurso ordinário conhecido e desprovido. (os destaques são meus)

Interessante notar que a norma de regência, no caso do Auditor, assemelha-se ao modelo federal prevendo a idade mínima de 35 anos.

Contrastando esse limitador de idade com aquele outro utilizado para a magistratura, poderia alguém tentar estabelecer uma avaliação em termos de substância perguntando: para magistrado, 25 anos mínimos. Para Auditor, no mínimo 35.

Acaso o *fator discriminante idade* tenha sido adotado de maneira irregular poderia, em tese, haver responsabilização do Poder Público pela conduta contrária à lei?

Pois foi exatamente isso que aconteceu num certame para preenchimento de cargos de Técnico do Tesouro Nacional - TTN. Um determinado candidato foi excluído, em razão de sua idade. Posteriormente o Poder Judiciário reconheceu a ilegalidade da discriminação. O candidato ajuizou ação contra a União pedindo indenização por danos materiais e morais. E ganhou o pleito judicialmente, como se vê da ementa que se segue (STJ. Resp 642008/RS. Relator: Min. Castro Meira, os destaques são meus):

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
CONCURSO PÚBLICO. EDITALEXIGÊNCIA DE IDADE MÍNIMA ILEGALIDADE
RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS
CABIMENTO. DANOS MORAIS. SÚMULA 07/STJ.

1. Discute-se, na hipótese, se a União, ao exigir limite mínimo de idade para a participação em concurso público - exigência posteriormente excluída por decisão judicial, tem, ou não, o dever de indenizar os candidatos que somente tiveram direito à nomeação após o trânsito em julgado do processo.

2. A responsabilidade civil exsurge a partir da conjugação de três elementos: o ato omissivo ou comissivo ilícita ou abusivamente praticado, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. O prejuízo experimentado pela vítima pode ser de natureza material ou moral, a depender da objetividade jurídica violada.

3. Não há dúvida quanto ao dano material experimentado pela recorrente. Em razão da exigência de idade mínima, somente afastada por decisão judicial definitiva, teve a sua nomeação diferida ao trânsito em julgado do processo, o que lhe rendeu um longo período sem receber os vencimentos que lhe competiriam se tivesse sido oportunamente empossada.

4. Presente, no caso, o nexo de causalidade. A recorrente não foi nomeada com os outros aprovados no concurso, exclusivamente, em razão da exigência de idade mínima veiculada no edital e, posteriormente, afastada por decisão judicial definitiva.

5. Incontroverso, também, a ilicitude do ato administrativo gerador do dano. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao dar provimento à apelação interposta

pela recorrente, nos autos do mandado de segurança inicialmente impetrado, reconheceu a ilicitude da conduta praticada pela União ao exigir limite mínimo de idade para a participação no concurso público. A ilícita exigência impediu que a recorrente participasse, na mesma ocasião que os demais concursandos, da segunda etapa do certame, correspondente ao curso de formação, já que denegada a segurança em primeira instância.

6. "Nada impede que o valor da indenização seja fixado tendo em conta os vencimentos que a autora receberia se tivesse sido nomeada e empossada juntamente com os demais aprovados no concurso" (Responsabilidade Civil do Estado, Yussef Cahali, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 451).

7. Indenização por dano moral indevida, à mingua de efetiva comprovação, sendo certo que o reexame sobre os aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n.º 07/STJ.

8. Recurso provido em parte.

Reforço, ainda sobre *limitador de idade*, que a restrição deve estar estampada *em lei*, não em *portaria, decreto, instrução* ou *interpretação de quem quer que seja*, sob pena de invalidação da desigualação.

É nesse sentido que nossa Corte Suprema se posiciona (RE 327784. Relator: Min. Sepúlveda Pertence): "não cabe ao edital limitar aquilo que a lei não restringiu".

A jurisprudência é extremante fértil mostrando a todos a riqueza das hipóteses que se materializam Brasil afora. Mas é bom se ver que em todos os casos trazidos para a discussão, apenas de modo ilustrativo, falou-se em *desigualação* em função da *incapacidade física (cego)*, *altura mínima*, *escolaridade mínima*, *tempo de exercício profissional e idade*. Ou seja, pontuei sobre inúmeras situações de desigualações possíveis.

Chegada a hora de juntar todos os exemplos numa só análise. E a temática, antes de pertencer ao Direito Administrativo, passa pelo *Estatuto Jurídico do Político*. Refiro-me à Constituição Federal utilizando as palavras de ilustre constitucionalista lusitano.

Parece que a *isonomia*, escrita na Constituição Federal como sendo algo que integra os valores individuais (art. 5º.), não pode ter leitura absoluta.

O *não poder haver qualquer discriminação* em razão de qualquer fator (*sexo, idade, estatura, religião, profissão, etc.*) deve se amoldar à casuística, ao real, ao ocorrente.

Permite-se, com efeito, a desigualação porque as pessoas são essencial ou substancialmente desiguais. Mas na desigualdade devem ter tratamento isônomo. E as desequiparações feitas pela lei devem guardar equivalência com os valores, o sentido e demais elementos (normativos ou não) prestigiados pelo *sistema*.

Não se poderia deixar de fazer referência neste particular à notável obra do Professor Celso

Antônio Bandeira de Mello na qual se descortinam toda a problemática ora envolvida. Refiro-me ao livro denominado *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*.

Muito embora não exista uma fórmula matemática para solucionar todas as questões ocorrentes, o fato é que pode-se tomar como premissa o fato de que o fator desigualador será legítimo acaso mantenha equivalência (ou relação de pertinência lógica) com a diferenciação levada a efeito. E esse fenômeno haverá de estar prestigiado pelo sistema normativo.

Então, tornando aos exemplos aqui trabalhados, 25 anos para magistrado é algo que discrimina aqueles candidatos que possuem 23 anos. Mas há pertinência entre o fator etário e os objetivos da desigualação. O *discrímen* se justifica e está amparado em norma. O mesmo se diga em relação ao Auditor da Corte de Contas. Idem no tocante a estatura, à comprovação de experiência anterior, à escolaridade mínima. E assim podemos multiplicar ao infinito as possibilidades de desigualação.

No que nos interessa, todas essas desigualações são postas no procedimento do concurso público (etapa interna, que veremos mais adiante). E as justificativas correlatas devem estar à mostra, permanecendo passíveis de correção judicial (controle).

Como se vê, parece que a ofensa à isonomia é ocorrente e por seu intermédio é que se acaba restringindo o acesso aos cargos públicos.

Daí a razão de se ter aberto uma discussão especial para a *isonomia*.

É importante lembrar que ao lado desse panorama principiológico também não se pode esquecer de que a legalidade é algo que não pode ser afastado. Porque a Administração Pública a ela também deve fiel obediência.

A *legalidade* estabelece que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Isso leva a entender que os atos subalternos (editais, decretos, portarias, instruções, dentre muitos outros) não podem causar restrições não permitidas pela ordem jurídica existente.

Ou seja, sem lei prévia que estabeleça restrição impossível será ao edital criar exigências do gênero até então conhecidas.

Mas não se poderá esquecer, ainda, de que, mesmo diante de uma *restrição legalmente existente*, pode ser que a norma esteja afrontando a Lei Maior e em tal caso deve haver a declaração de desconformidade (administrativa ou judicialmente). Não são poucas as ocorrências que chegam ao Poder Judiciário.

Insisto em que não são raras as hipóteses nas quais a *lei* estabelece restrições inconcebíveis (ora por estabelecer exigências não permitidas, ora por privilegiar um grupo de pessoas) e, no controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, a norma é declarada inconstitucional.

O sistema jurídico dispõe de mecanismos corretivos para a hipótese. O próprio indivíduo, isoladamente ou em conjunto, pode postular a declaração de inconstitucionalidade da lei (ainda que *incidenter tantum*; somente para *aquele caso*).

Um outro assunto que merece ser abordado é relativo ao prazo de validade do concurso que, na

redação do artigo 37, inciso III, é de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Estamos diante de *teto*, quer dizer de *um prazo limite máximo*.

Certamente que a Unidade Administrativa correspondente poderá fixar prazo menor mas nunca prazo maior do que aquele previsto na Constituição Federal.

Imagino também que a prorrogação igualmente poderá ser menor ou igual àquele prazo fixado na Lei Maior.

Ocorre muitas vezes que o edital é omissivo a esse respeito. Mas, se assim o for, não havendo prazo de validade fixado, parece-me que há de se observar como período de validade o prazo constitucional.

É intuitivo que o prazo de prorrogação do concurso se destina a facilitar para a Administração Pública o recrutamento de pessoas para que não tenha que a todo instante realizar diversos certames.

É claro que se o prazo de validade de um concurso já se esgotou não há que se falar em prorrogação.

E a prorrogação deve ser publicada. A administração pública deve publicar a prorrogação do concurso da mesma forma pela qual publicou a convocação (edital).

A prorrogação é ato discricionário, mas em termos, como cuidarei de demonstrar. A Administração pode dela se valer ou não. Decorre daí que não há qualquer direito derivado de eventual situação como essa. Ou seja, o candidato aprovado não tem qualquer direito a eventual prorrogação.

A jurisprudência é fértil em estabelecer as premissas indicadas. De fato, deve haver comprovação da data do término do certame que é feito através da publicação.

Pela não demonstração de tal circunstância foi negado provimento ao mandado de segurança reavaliado em sede de recurso pelo STJ no RMS de 12186.

Que nenhum concurso público pode ter seu prazo de validade maior do que quatro anos contados da homologação é fato que decorre da inteligente leitura do dispositivo constitucional.

Mas a matéria está escrita também no Recurso Especial - Resp 179487.

O STF escreveu, com muita pertinência, que ultrapassado o primeiro biênio de validade do concurso, não se pode instituir novo período de dois anos de eficácia do certame por ofensa ao artigo 37, inciso III. Na ocasião estabelecido ficou que a nulidade das nomeações realizadas com fundamento em tal fato pode ser declarada pela Administração sem a necessidade de prévio processo administrativo na forma da súmula 473.

No entanto há que se notar que esse prazo de prorrogação, dito que foi ser ele discricionário, é parametrizado por uma série de outras circunstâncias. Ou seja, o princípio da razoabilidade deve ser posto de carona no debate.

O inciso IV do artigo 37 estabelece algo que somente pode ser lido com consistência. Ou seja, tal

disposição tem o objetivo manifesto de resguardar precedência na seqüência dos concursos e segue-se daí que a Administração não poderá sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder deixar escoar deliberadamente o prazo de validade do concurso anterior para nomear os aprovados em certame posterior. Se isso fosse possível o inciso IV seria letra morta.

Tal matéria está muito bem apreciada no recurso extraordinário 192568 (STF).

Vejamos um outro caso:

Um determinado Tribunal Regional Eleitoral publicou edital visando preencher nove cargos, ficando aberta a possibilidade de preenchimento de outros cargos que viessem a ocorrer. Isso aconteceu em 2002. Em 2004 novos cargos foram criados e aquela Corte determinou novo concurso para preenchimento das vagas.

Pessoas que participaram do primeiro concurso e não haviam ainda sido chamadas, mas já aprovadas, pediram para serem nomeadas. A Administração negou a pretensão.

A matéria foi parar no STF. O Ministro Marco Aurélio escreveu:

o concurso público destina-se a selecionar candidatos para o provimento dos cargos atualmente vagos e dos que vierem a vagar no prazo de validade do mesmo, observado o disposto neste edital. É o que previa o primeiro edital. Além disso também ficou colocado que o preenchimento das vagas indicadas no edital que os candidatos habilitados e classificados poderiam ser nomeados para novas vagas que surgirem se dentro do prazo de validade do novo concurso. Tem-se quadro a gerar perplexidade, especialmente no que se aguarda do Estado postura exemplar, postura de respeito e irrestrito aos cidadãos. Ante candidatos aprovados, a Corte Regional deixou escoar o prazo de validade do concurso, não o prolongando, em que pese a previsão do edital para, nos seis meses seguintes, vir a veicular um novo edital visando preencher os cargos que já existiam no período de validade do certame anterior.

Parece mesmo que a sistemática constitucional não permite o que se tentou fazer administrativamente.

Já sabemos que o concurso público é uma regra que comporta diversas exceções. A moldura e o regime jurídico desse instituto são informados por diversos princípios e normas, dentre os quais destacam-se a isonomia, a legalidade, a competição, a razoabilidade, a moralidade, entre outros.

É o momento de falar sobre a *preterição*.

Regra muito importante a propósito dos concursos públicos é aquela que vem escrita no artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. Cuida-se aí da *preterição de candidatos* possuindo a seguinte dicção: "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;".

Decorre daí que *somente durante o prazo de validade do concurso* é que há direito em ser nomeado. A *quebra na ordem de aprovação* somente ocorre se houver nomeação sem observância

de classificação dos candidatos inscritos dentro do mesmo edital (Resp 577160/CE. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca).

Com efeito, não há que se falar em preterição do candidato de participar da segunda etapa do certame se a portaria que permite realização de novos concursos é editada muito tempo após o término do prazo de validade do concurso de que participou o impetrante, já tendo as vagas oferecidas sido devidamente preenchidas (STF. RMS 24602/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa).

De outra parte, com a disposição constitucional posta no inciso IV, não fica a Administração Pública impedida de iniciar outro concurso público; não poderá, entretanto, preterir candidatos já aprovados na primeira fase do concurso anterior, quanto à convocação para a segunda etapa, observada a ordem de classificação (STF. RMS 23040/DF. Relator: Min. Néri da Silveira).

Parece-me inclusive que impertinente é a Administração simplesmente *deixar esvair* o prazo de validade do concurso para abrir outro novo, destinado ao provimento daqueles mesmos cargos, possuindo candidatos aprovados no primeiro certame.

Muitas outras questões decorrem de eventual *preterição*, como é o caso de - uma vez reconhecida a falha administrativa - saber-se se a posse gera ou não direito à *percepção retroativa de vencimentos*.

O Poder Judiciário, apreciando tal questão, entendeu que a resposta é negativa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ~~PRETERIÇÃO DE~~ CANDIDATOS. INVALIDAÇÃO DO ATO. DIREITO À POSSE. ~~PERCEPÇÃO~~ *PERCEPÇÃO* RETROATIVA DE VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DA QUIESCÊNCIA DO RECORRENTE. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MULTA. SÚMULA Nº 98/STJ.

I - Havendo irresignação manifestada nas razões de apelação, não há que se falar em aquiescência a atrair a incidência do art. 503 do CPC.

II - Não fazem jus à percepção de vencimentos retroativos à data em que seriam nomeados, os candidatos que foram preteridos na nomeação em concurso público. O proveito econômico decorrente da aprovação em concurso público condiciona-se ao exercício do respectivo cargo. (Precedente: REsp 343.802/DF, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJU de 07/10/2002).

III - Os embargos declaratórios opostos para o fins de prequestionamento não podem ser considerados protelatórios (Súmula nº 98/STJ). Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido. (STJ. REsp. 443640. Relator: Min. Felix Fisher, os destaques são meus).

Analisadas algumas das questões principais ligadas ao regime constitucional do concurso público, e tendo passado por temas mais abissais por assim dizer, parece-me importante retornar a linha de raciocínio para um enfoque operacional, já que o concurso público importa - para a maioria das pessoas - como uma realidade procedimental.

De fato, concurso público pode ser enxergado como procedimento - já o dissemos aqui - e, como

tal, possui duas grandes etapas que se distinguem: a etapa interna e outra que se lhe segue, chamada externa.

A etapa interna, como diz o próprio nome, desenrola-se sem a revelação de informações para o público em geral. Aliás, devo dizer que as atividades de tal etapa deveriam estar cercadas não de sigilo absoluto, mas de restrição à divulgação de determinadas informações. Pois isso pode gerar uma espécie de informação privilegiada já que, dependendo das proporções do concurso, há inúmeras questões de fundo econômico que se envolvem na matéria, o que costuma ser até mesmo perigoso para a Administração Pública. Assim por exemplo, a revelação do número de vagas, os nomes dos membros da comissão do concurso, a empresa que eventualmente realizar o certame, dentre outras informações do gênero. É uma espécie de segurança para a Administração Pública (e para os próprios servidores incumbidos das tarefas administrativas respectivas).

Se é mesmo caso de concurso, há que se saber *como* realizá-lo e *quem* o fará, em termos materiais.

Nem sempre a Administração Pública possui condições de realizar por si própria determinado certame. Em tal caso, é necessário saber se pessoa externa irá realizá-lo.

Surge aí, de início, uma questão fundamental. A de saber *como contratar* o terceiro. Decorre daí o *como remunerar* o contratado, agitando-se também a respeito do regime jurídico das taxas de inscrições e outras questões de idêntico porte.

A elaboração do edital, a sua publicação, a execução das provas, sua correção, a publicidade dos resultados, os recursos a homologação, a posse, a investidura, são passos que se seguem na etapa externa, iniciada com a publicidade do edital.

Mas não podemos nos esquecer, no fluxo procedimental do concurso público, de que é necessário *capacitar* e *treinar* os aprovados que tomarão posse. Não podemos nos esquecer de que o treinamento e a capacitação devem fazer parte da política de pessoal da Unidade Administrativa, já que, numa visão sistêmica do assunto, o concurso atrai questões relativas ao *servidor*. E este está sujeito à avaliação de seu desempenho.

Em resumo, *concurso público* é um princípio constitucional onde se agregam valores outros, de idêntico *status*. Assim a *isonomia*, a moralidade, a razoabilidade, a competição, a legalidade, e outros. O princípio é excepcionado em algumas ocasiões pelo próprio Texto Maior, o que não afasta, contudo, outras formas de aferição para o respectivo recrutamento.

A igualdade tem *conteúdo jurídico* e, como tal, deve ser densificada casuisticamente. As discriminações são sempre possíveis, desde que legitimadas pelo sistema normativo.

O concurso público tem prazo certo de validade. O mesmo pode ser dito em relação à prorrogação que é, em tese, uma faculdade da Administração.

Na linha operacional do concurso público surgem inúmeras questões jurídicas a serem enfrentadas, quase todas fundadas nas premissas anteriores.

A etapa interna ou inicial do concurso público deve se resguardar das devidas restrições às informações para segurança da Administração, dos servidores envolvidos e do próprio certame a se

desenvolver.

Se o certame será feito, quem o fará, como se contratará terceiros, o regime dessa contratação e o regime das taxas de inscrição e temas afins, são passos iniciais a serem transpostos.

A elaboração do edital, sua publicidade, a realização das provas com os critérios previamente definidos, a correção dos trabalhos, a divulgação dos resultados, os recursos finais, a homologação, a posse e a investidura, não fecham por completo todo o ciclo que o concurso público deflagrou. Tal fluxo não é finito e passa necessariamente pela *política de capacitação e treinamento* da Unidade Administrativa já que a razão de ser do concurso é exatamente o recrutamento de pessoas para a prestação de um dado *serviço público*.

Tal análise deve mesmo parar por aqui pois, na linha desse raciocínio, iríamos chegar inevitavelmente na discussão do Estado em sua forma atual, avaliando a sua performance diante do *instrumental humano que recruta para prestar sua função primordial: serviços públicos*.

E na *ponta da linha* estará o administrado porque ele é o destinatário dos serviços aqui falados.

* Texto-base utilizado nas Jornadas de Estudos de Direito Administrativo da NDJ (setembro de 2005/SP).

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo. Concurso público. Instrumento constitucional de investidura em cargos e empregos públicos. Restrições usualmente inseridas nos editais e o princípio da isonomia. Observância do prazo de validade do concurso. Preterição de ordem e seus efeitos. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38281>>. Acesso em: 29 abr. 2020.