

**JORNADAS DE ESTUDOS NDJ**  
**DIREITO**  
**ADMINISTRATIVO**

Organizadas por:

**Cerdônio Quadros**

*Editor e Coordenador Técnico e*

**Marcello Rodrigues Palmieri**

*Gerente da Consultoria NDJ*

Tema em Destaque

**Concurso Público\***

Palestra proferida por:

**Jair Eduardo Santana**

Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

Senhores e minhas senhoras, muito bom dia, bom dia meu amigo, meu colega de mesa, professor Dr. Carlos Motta, é uma satisfação muito grande estar aqui, novamente, em minha terra natal e poder, vamos dizer assim, compartilhar com os senhores e com as senhoras algumas idéias. Antes de enfrentar o tema propriamente dito e começar a minha participação neste painel, quero fazer um registro relativo àquilo tudo que a NDJ tem propiciado a todos nós, operadores e usuários de Direito Público, nessas duas últimas décadas. Em razão disto, eu aproveito a presença do Dr. Cerdônio Quadros e faço aqui os meus cumprimentos, cumprimentando também toda a equipe da NDJ na pessoa do Dr. Marcello Palmieri.

O tema “Concurso Público” é antes de tudo, vamos dizer assim, sedutor, porque permite a todos nós uma variedade muito grande de enfoques, por podermos enxergá-lo, enquanto tema estático, de maneiras quase infinitas. Eu me ocupei, inicialmente, desta abordagem constitucional, falarei da isonomia, da igualdade e falarei também do prazo de validade dos concursos e da preterição eventual de candidatos. Por mais austero que tente ser comigo próprio no desen-

volvimento da minha participação, fica um pouco difícil manter-me adstrito a esta linha específica, já que o tema é amplo e extremamente complexo.

Eu tomo a liberdade de dizer que o tema não é só sedutor, mas também é apaixonante porque eu sempre agreguei, quando foco este tema com meus alunos da graduação e da pós-graduação, um ingrediente valorativo e, até mesmo, subjetivo que se põe nos casos concretos que aparecem; eu lembro de um pensador alemão que relata isto por escrito, que há três incentivos ou três coisas que movem os homens: o poder, a fé e o amor. Nessa receita, vamos dizer assim, é que podemos colocar a própria paixão que se liga, no caso específico, ao exercício do poder, porque quando nós tratamos de concurso público, não estamos fugindo disto que anunciei previamente. Por quê? Porque o que se quer basicamente é recrutar pessoas de uma determinada sociedade para que tenham assento numa determinada ramificação da Administração Pública, que, por sua vez, densifica e materializa as funções do Estado, que se ligam ao exercício do poder político. Então, nós, que já somos servidores públicos *lato sensu*, exercemos parcela maior ou menor deste poder político; este recrutamento,

\* Painel de Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 28 de setembro de 2005, em São Paulo – SP.

por ser feito por nós, humanos, está sempre impregnado de subjetivismo e por isto os casos que a jurisprudência relata são riquíssimos, para não dizer, às vezes, engraçados.

De vez em quando, o Concurso Público, lamentavelmente, é utilizado como algo negativo por parte do administrador, por parte daquele que tem o poder de decidir, como nós veremos daqui a pouco. Às vezes revela uma face tão negativa, sendo utilizado como se fosse um instrumento de apadrinhamento, utilizado como um fator de segregação de uma determinada categoria de pessoas. Há concursos que são elaborados para privilegiar uma ou outra pessoa ou categoria de pessoas, nós sabemos disto, e eu, mais do que ninguém, pois como magistrado enfrente essas questões que acabam desembocando no Poder Judiciário.

Bem, o foco é muito grande, as possibilidades de abordagem são imensas, como já relatei, mas nós temos que ter um ponto de partida que é a Constituição Federal, por maior que seja a “inflação legislativa” hoje existente! Até ontem nós tínhamos 54 Emendas Constitucionais; hoje, não sei se o *Diário Oficial* publicou a 55 porque ainda não li. Mas, a despeito desta “inflação legislativa”, e eu incluo as seis emendas de revisão, na Constituição é que nós temos o parâmetro, a nossa base, o nosso fundamento, o início de pensamento. Quero dizer que todos nós devemos pensar no Concurso Público, enquanto um instituto estático, uma via de mão dupla. Por quê? Porque de um lado nós temos o sujeito, o cidadão, e de outro lado nós temos a Administração Pública; nós queremos que as pessoas tenham livre acesso ao exercício do poder político, ao exercício de uma função administrativa, é o direito do sujeito, é a garantia que o sujeito tem de tomar parte no Estado que ele integra; a outra via é exatamente o setor público, ou seja, a Administração tem que parametrizar este ingresso, este recrutamento, para que consiga colocar nos seus quadros pessoas que possam vir a contento desempenhar a função pública de que o Estado necessita. Então, nós temos estes dois caminhos sempre a pensar e a ponderar; claro, de um lado nós temos o Estado necessitando desta “mão-de-obra” e o sujeito necessitando participar na ramificação governamental.

E o que seria o Concurso Público? Há diversas significações; alguém pode dizer que o concurso é a ligação entre essas duas vias às quais acabei de me referir; é o elo, é a ponte entre estes dois caminhos. Outras pessoas poderiam pensar que o concurso é tão-somente um princípio constitucional, de tão forte que é a redação do texto normativo; de fato, é um princípio também. Outras pessoas gostam de ver o Concurso Público enquanto procedimento, algo dinâmico, algo que se deflagra de uma maneira tal que vai acabar, mas eu vou dizer por que não acaba aí. Alguns pensam que acaba com a posse e com a investidura; depois nós abordaremos este ponto específico.

Poderíamos dizer que o Concurso é uma regra que comporta diversas exceções, é algo que a nossa Constituição escolheu como sendo o veículo para o recrutamento.

Há outros mecanismos? Sim, há diversos mecanismos; poderíamos eleger o sorteio, a eleição, a compra do cargo, como já foi praticado noutra época, enfim, há diversas modalidades para recrutar pessoas que tomarão assento na Administração Pública. No estágio atual da nossa política vemos o Concurso Público como sendo este veículo, este princípio, esta regra que tem diversas exceções. Falarei então de algumas das exceções. Há pessoas que estão na estrutura governamental e administrativa, mas que não se submeteram ao Concurso Público; é o caso daquelas pessoas que participam das decisões políticas, que se submeteram ao processo eletivo: são os governantes, os representantes eleitos pelo voto popular. Estes dirigem a máquina de uma forma política, mas não fizeram concurso. Na magistratura também há juízes e Desembargadores que não fizeram Concursos, os senhores sabem disto, uma quinta parte dos Tribunais é composta de pessoas egressas de outros setores. Como exemplo, eu lembro a composição do próprio Supremo Tribunal Federal; os Ministros não fazem concurso, são simplesmente escolhidos, indicados, sabatinados pelo Senado Federal, mas isto não implica um concurso propriamente dito. Os Ministros do Tribunal de Contas da União, os Conselheiros das Cortes de Contas dos Estados e das Cortes de Contas Municipais também não prestam Concurso Público; há pressupostos constitucionais que são

cumpridos, e estas pessoas, então, tomam parte na estrutura governamental. Lembro, também, dos Tribunais Regionais Eleitorais onde, na composição, dois juízes das Cortes Regionais Eleitorais são advogados, não fizeram concurso, mas passam a integrar, ainda que provisoriamente, a Justiça Eleitoral daquele Estado. O mesmo se diga em relação ao Tribunal Superior Eleitoral; a composição, a mecânica, é exatamente a mesma.

Até agora eu já listei alguns exemplos de exceções ao Concurso Público, mas há outras. A Constituição elenca duas hipóteses muito importantes e eu peço para que os senhores e as senhoras olhem o art. 37, II, onde está a regra: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, ou seja, os cargos em comissão também não submetem o sujeito à regra do Concurso Público, mas aqui nós já começamos a experimentar algumas dificuldades práticas; eu tenho prazer, a honra de dizer que eu conheço muito a prática, conheço a realidade municipal das menores estruturas administrativas existentes em nossa sociedade e sei como estes dispositivos são lidos; não sei se por ignorância ou por simples infelicidade, mas nós encontramos em estruturas administrativas pequenas, muitas vezes, uma leitura divorciada deste dispositivo. Às vezes, há mais cargos em comissão do que cargos de provimento efetivo propriamente dito! Contam, inclusive, que um determinado gestor se desculpou, dando a justificativa da seguinte maneira: “eu tenho tantos cargos em comissão porque a Constituição permite”; de fato nós não temos um parâmetro mínimo nem máximo para estes cargos e não se pode ler este dispositivo como jocosamente já se fez, dizendo assim: “não, eu tenho muitos, mas este pessoal todo exerce a função de motorista, dirigem bem”, “e o que tem a ver isto?”, “é porque o art. 37, V, diz que os cargos em comissão se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento!”; direção não é de dirigir, a Administração não pode contratar 80 motoristas e lotá-los nesta função! A direção, o assessoramento e a chefia são num outro sentido, ób-

vio, claro, mas hoje nós sabemos que é preciso atrelar o inciso II ao inciso V, ou seja, o assessoramento, a chefia, a direção são cargos, vamos dizer assim, de gerência e de supervisão numa determinada estrutura.

Há ainda uma outra exceção relativa àqueles que são contratados temporariamente na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”; aqui a prática revela que uma exceção, infelizmente, muitas vezes se transforma numa regra.

Paremos por aqui com relação às exceções. Sabemos que o Concurso Público é uma regra, é um princípio, pode ser visto como um procedimento que comporta exceções; voltemos para a nossa moldura constitucional. Eu disse que as regras estão na Constituição e não somente as regras, também os princípios, ou seja, todo o desenho, todo o arcabouço normativo e principiológico tem que ser desenhado a partir da Constituição; nós precisamos entender este sistema para então descer deste plano normativo e entender o que se passa no nosso edital, a parte operacional propriamente dita. A esta altura parece que já podemos intuir que a regra do concurso, a regra da acessibilidade nada mais é do que uma tradução do próprio princípio da isonomia, ou seja, nós devemos propiciar, realizar o nosso concurso valorando e valorizando a igualdade entre os concorrentes na medida em que isto seja possível, na medida em que esta igualdade seja possível. Mas, além destes princípios, há a legalidade; é importante que os senhores grifem isto, anotem, porque veremos no decorrer da minha participação que muitos editais restringem, ofendem a isonomia, sem suporte normativo formal que é, na verdade, a existência de Lei. O edital, às vezes, tem uma regra restritiva e não há esta restrição na Lei; o Supremo, por diversas vezes, convocado a se manifestar, disse que o edital não pode criar restrição onde a Lei não fez, o que é óbvio. O sistema de mérito está implícito, bem como a equivalência na complexidade das exigências do que nós podemos e devemos fazer na elaboração dos nossos editais; poderão notar também que no art. 37, II, que nós já lemos, há uma regra no meio do artigo que é fundamental, porque diz que o Concurso será

realizado de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, ou seja, nas provas de conhecimento técnico, ou de conhecimento técnico e títulos, está a exigência da Administração guardar um equilíbrio com a complexidade da função, sem menosprezar as atividades subalternas, porque todas são importantíssimas. Às vezes, nós encontramos descompassos; a expressão foi trazida para a Constituição pela EC 19/98, mas não precisava existir, pois ainda que não estivesse escrito na Constituição, é óbvio que o Concurso Público ou a complexidade das provas e dos títulos devem guardar total equivalência com a natureza da função e o exercício daquele cargo. É claro que eu estou falando da razoabilidade; podem ir juntando no nosso balaio a isonomia, a legalidade, a razoabilidade, a moralidade, todos estes princípios. Permitam-me, agora, um parêntese – a minha formação, antes de ser voltada para o direito administrativo, era voltada para o direito do Estado, e eu me lembro que quinze anos atrás, quando estudávamos estes termos: moralidade, razoabilidade, as pessoas se impressionavam muito com a questão, imaginando que fosse algo muito volatilizado, abstrato, mas sempre houve condições de densificar, tornar concretos estes conceitos normativos e hoje – porque a gente sabe também que é uma questão de evolução sociocultural – à medida que o tempo passa, nós vamos tendo mais noção do que estes princípios efetivamente significam no nosso meio; a sociedade política caminha aos poucos. Então eu me permito ir um pouquinho além neste inciso dizendo, até mesmo, que aqui neste particular não tem lugar para subjetivismo algum. Quando eu falo concurso de provas, concurso de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou função, eu sempre imagino que não pode haver subjetivismo algum na elaboração ou na correção das provas, porque a prova é fechada; é tranquilo, é fácil, é só gabaritar, está resolvido. Mas e as provas, as respostas orais ou discursivas? Não pode haver subjetivismo, mas aí vem aquele negócio que eu disse sobre o tema sedutor e apaixonante: a banca é humana e há ali uma pré-disposição, vamos dizer assim, de empatia ou de simpatia em relação a um, em relação a outro e aí começam as distorções do poder, “aquele ali nós aprovamos, este aqui nós reprovamos”, e não pode haver isto. Acho até que as

provas discursivas teriam que ser todas gravadas e serem públicas, pois os concursos nem sempre admitem toda esta publicidade e transparência.

Em relação à prova técnica e à de títulos, ainda se discute se os títulos são apenas para classificar ou se podem ter o caráter eliminatório ou de reprovação; parece que, na Justiça, esta discussão não tem mais lugar; nós a encontramos nos livros – os professores, os doutrinadores escrevem ainda um pouco sobre isto, mas tanto o STJ quanto o STF dizem que os títulos podem tanto reprovar como, também, dependendo das circunstâncias, efetivamente eliminar.

O Concurso Público, então, é uma regra, é procedimento, se desenvolve em torno de diversos princípios: isonomia, legalidade, razoabilidade, moralidade; isto tudo nós já sabemos, sabemos dos títulos, das provas, que não há lugar para subjetivismo etc.

O ponto de convergência de todos estes princípios parece mesmo a isonomia, como bem anunciou o temário – a NDJ o elaborou e colocou restrições usualmente inseridas nos editais – e o princípio da isonomia; nós precisamos decantar, esmiuçar e nos aprofundar nesta questão isonômica, nesta questão da igualação. Apesar de estar aqui com a casa cheia, nesta posição privilegiada de deter a palavra e o microfone, eu gostaria mesmo é de estar conversando sobre os casos que nós enfrentamos e conhecemos, porque torna a conversa muito mais dinâmica. Eu tomei a liberdade de relacionar alguns casos que me parecem bastante interessantes, cujo ponto de convergência é exatamente fazer com que funcionem como um recurso metodológico que nós chamamos de mnemônico; são casos que vão remeter a nossa memória mais tarde àquilo tudo que quero lhes passar em termos de conteúdo da igualdade.

Os senhores acham que um sujeito, um cidadão, um indivíduo portador de uma cegueira absoluta, pode ser magistrado? Pensem aí; pode haver um juiz deficiente visual? Há pessoas aqui entre nós que responderam afirmativamente, mas há também aqueles que ficaram em dúvida e aqueles que opinaram negativamente.

Eu não sei o que é pouca estatura porque não há normatização; não há lei dizendo quem é

baixinho ou quem é alto, mas os senhores acreditam que uma pessoa de pouca estatura possa ser Delegado de Polícia ou escrivão? Será que o Concurso Público pode restringir o ingresso de escrivães e delegados na carreira da Polícia Civil em razão do fator estatura, no caso específico, 1,60 m? Ou seja, não queremos delegados baixinhos nem magistrados cegos? Eu posso exigir no edital um grau de escolaridade mínima? E o exercício de uma atividade profissional anterior por um tempo X ou Y para que o cargo venha a ser provido?

E a idade? O fator etário, que nós em direito chamamos de defeito de idade, que alguns já não têm mais. Todos estão aptos a exercer na plenitude as funções públicas possíveis? Tem muita gente que ainda não chegou aos 35 anos de idade; estes não podem, na plenitude, exercer todas as funções previstas na Constituição. Há cargos para 18, 21, 35, e assim sucessivamente; nós chamamos de defeito de idade, mas a idade pode ser limitadora? Vamos raciocinar com estas hipóteses, vamos pensar no caso do pretense magistrado cego. Como é o ingresso do magistrado no serviço público? Temos que olhar a Constituição, chamada por mim de nossa Bíblia Jurídica; o artigo 93 é a norma primária de regência. O artigo 93, I, basicamente repete a mesma idéia que está estampada no 37, II, dizendo: “I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação”; o Concurso é previsto como princípio; no caso dos magistrados, a regra é basicamente a mesma, ou seja, para ingressar nesta carreira de Estado, nesta função, tem que fazer o Concurso que, no caso específico, não é só de provas, é de provas e títulos. A Constituição não falou de cego; a Loman, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, também não fala de deficientes visuais; e aí, como resolvemos? Há uma omissão que nós temos que resolver; o artigo que nós acabamos de ler, o art. 93, atrai para si o art. 37, VIII, que também peço para os senhores olharem, pois cuida da reserva de vagas para deficientes: “VIII – a lei reservará percentual dos car-

gos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. O inciso VIII do art. 37 faz frente ao 93, I, da CF. Bem, nós não vamos resolver a polêmica agora, mas, recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de Porto Alegre, apreciou esta questão: um portador de deficiência visual completa quis se inscrever para um concurso e a sua inscrição foi indeferida. Em 1999, já houve um precedente daquela mesma Corte e o Tribunal decidiu que a deficiência que o candidato apresentava o incapacitava absolutamente para o exercício da magistratura; logo, foi obstada a participação do deficiente visual no certame. Como estudioso tenho a obrigação de fazer sempre a releitura dos casos e acho que é importante opinar que me parece um pouco equivocada esta posição do Judiciário nos dias atuais, porque a sociedade está democrática, tem um padrão de inclusão que todos nós estamos escutando por aí; a questão é incluir e não excluir, ou seja, as discriminações estão perdendo fôlego, estão perdendo espaço para que possamos contar com a efetivação desta inclusão, e eu acho até que a solução, vamos dizer assim, não nasce do confronto destes dois dispositivos que eu citei; eu acho que o fundamento de eventual decisão – e falo isto como professor – reside na dignidade da pessoa humana. Eu acho que daqui a dez anos, vinte anos, nós vamos estar dando risada de um quadro que hoje é trágico, dizendo “há vinte anos não deixávamos o deficiente visual ser magistrado, como éramos tolos!”.

Há um outro ingrediente nesta discussão, até para dar um “tempero”. Diariamente me utilizo de terceiros para o exercício da minha função; eu preciso do perito, do intérprete, do tradutor juramentado – eu não sei russo, alemão, e quando os documentos têm esta nacionalidade, eu me valho de terceiros. Alguém pode dizer: “mas na estrutura da Administração Judiciária o juiz teria que fazer isto e aquilo”; ora, modifiquem a estrutura se acham que um cego não pode coletar prova oral porque ele não tem contato físico, não enxerga, não vê a pessoa ficar vermelha, suar! Se a Justiça acha que o deficiente visual não pode participar, eu acho que nós temos que rever esta postura. Só um lembrete: esta decisão é da esfera federal, porque nas esferas estaduais nós temos um cenário diferente; no meu Tribunal, por

exemplo, em razão de uma norma local, estadual, já há uma previsão normativa e editalícia para a espécie, embora não tenhamos ainda o magistrado cego, mas o Ministério Público conta com os deficientes visuais, a Procuradoria da República, a Procuradoria do Trabalho, enfim, já há outros precedentes, e eu quero crer que em breve estaremos aqui para comemorar uma outra situação; vejam que o fator desigualou as pessoas.

O outro caso que eu tinha dito era o da estatura e este vai nos dar um pouquinho mais de trabalho. A estatura mínima de um 1,60 m para ser delegado ou escrivão; o que os senhores acham? Este um 1,60 m é o balizador, logo quem tem 1,59 m não entra de forma alguma porque está fora. Mas vejam como a questão chega a ser até engraçada: o Supremo Tribunal Federal entendeu que para delegado a regra é válida, 1,60 m para cima; interessante, não é? Para escrivão de polícia o Supremo Tribunal Federal entendeu de forma diversa; decidiu que não é constitucional a exigência de altura mínima, seja de homem ou de mulher, para habilitação ao cargo, ou seja, não importa a altura para ser escrivão ou escrivã, mas para ser delegado, importa.

A escolaridade mínima também pode ser um fator de discriminação entre as pessoas, e o mesmo se diga em relação à exigência de atividade anterior. É muito comum, por exemplo, que as normas prevejam que, se você quer ser Procurador da República, comprove alguns anos de exercício na profissão jurídica. Parece razoável, mas e a idade? A Constituição limita algumas hipóteses à idade; qual a idade mínima que deve ter o magistrado? 22 anos? 23 anos? Eu me formei com 21 anos, poderia ter feito concurso e ingressado nos quadros na magistratura aos 21 anos! Qual é o parâmetro? Eu já tive alunos que se formaram com menos de 21 anos; não sei se conhecem estas situações jurídicas dos superdotados que ingressam na faculdade antes mesmo de terminarem o ciclo anterior – já tive alunos assim – e estes casos chegam ao Judiciário. Eu tenho aqui, apenas para ilustrar, um caso de Pernambuco; fixou-se lá que a idade mínima do magistrado deve ser de 25 anos. A decisão, basicamente, resumiu-se no fato de que inexistente na Constituição Federal, tampouco na Lei Orgânica da Magistratura, qualquer determinação expressa quanto ao limite mínimo de idade para ingresso

na magistratura e, no caso, o Estado de Pernambuco baixou a norma e pontuou em 25 anos de idade. Eu quero lhes relatar que a posição do STF, neste particular, é muito importante, pois firmou-se no sentido de que a norma que proíbe o tratamento discriminatório, em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo a ser provido. Então, no caso específico, entendeu-se que 25 anos para magistratura é uma regra que se apóia em critério razoável e em nada contradiz a Constituição da República. É interessante, mas eu tenho opinião pessoal sobre isto e registro em público: 25 anos é pouco para juiz, por causa da maturidade, mas isto é uma outra questão que eu não quero discutir com os senhores – eu leciono há dez anos na escola da magistratura e recebo aquela molecada toda! Eu sei como é, não têm experiência – têm que trocar muita fralda, conhecer a vida, há outras coisas para serem feitas antes de assumir uma função, além de nobre, tão complexa.

Vejam que para auditor do Tribunal de Contas e, eventualmente, substituto de Conselheiro já não são 25 anos, são 35 anos; esses casos também chegam ao Supremo. Podem-se exigir os 35 anos de idade mínima para o auditor, está na Constituição, porque há uma simetria da regra local com a regra federal, ou seja, se estudarmos a composição da Corte de Contas da União, verificaremos que ela esbarra neste limitador. Alguém poderia, munido de um senso crítico aguçado, dizer: “se o juiz pode começar com 25 anos e em pouco tempo ser Desembargador, até com menos de 35 anos, porque um conselheiro nomeado no mesmo patamar, em termos constitucionais, tem a exigência de ter 35?”; pode haver um descompasso entre as exigências legais e constitucionais, mas o sistema permite estas diferenciações, e é assim que funciona.

Vejam que interessante a seguinte situação: suponham os senhores que haja uma estipulação de idade mínima feita de forma ilegal, para não dizer irracional; se eu for excluído de um certame, de um concurso público, em razão da idade e, posteriormente, for reconhecida esta ile-

galidade, eu tenho direito à indenização? Sim; se eu não consegui ingressar no serviço público porque fui excluído em razão da idade, exclusão ilegal, posso vir a ser indenizado no futuro, inclusive, por danos morais. Este caso foi julgado há pouco tempo pela nossa Corte Superior em Brasília e aconteceu num concurso para TTN, Técnico do Tesouro Nacional – no certame foi feita uma exigência descabida em relação à idade, e esse fato foi reconhecido judicialmente num determinado processo, num mandado de segurança concedido, confirmado em segunda instância, em que se reconheceu a ilegalidade daquela exigência em razão de uma idade X; a pessoa que se viu alijada da participação no procedimento foi novamente à Justiça para reclamar eventuais indenizações e ganhou, tanto material como moral. Mas, e se foi alijada na etapa de formação, na segunda etapa do concurso? Passou na primeira e na segunda etapas, vamos dizer assim, e na academia ou no treinamento surgiu a questão da idade. Esta é uma questão subjacente porque o problema passa a ser o quanto indenizar; o STJ estipulou como valor da indenização aquele que esta pessoa receberia se tivesse sido nomeada – pois aprovada já tinha sido nas primeiras fases. Deixa eu ver se eu tenho aqui o número deste acórdão – se quiserem anotar, é um caso muito interessante do Rio Grande do Sul, o relator é o Ministro Castro Meira, é o Recurso Especial 642.008; o caso é uma lição de Concurso Público. Mas como foi mensurado o valor? O acórdão diz que o valor de indenização é fixado como se a pessoa tivesse sido nomeada no dia em que tinha direito a ser nomeada e empossada. No acórdão não diz qual o cargo, não sei o vencimento correspondente; estes detalhezinhos eu não tenho, nós teríamos que aprofundar a pesquisa.

Eu reforço, então, algo que já tinha dito, para que não nos esqueçamos da importantíssima lição de que não cabe ao edital limitar aquilo que a lei não restringiu; estas palavras não são minhas, eu disse por outras palavras – mas está escrito nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Eu não sei por que nós criamos tantas dificuldades! Talvez por não compreendermos o sistema normativo; ora, é tão simples! Se a Constituição, as Leis, não fazem restrição, não será o edital que deve fazê-la!

Eu já apreciei diversos processos envolvendo Concursos Públicos, e um setor em que normalmente há uma enorme ilegalidade é o que diz respeito à atribuição de pontos, os critérios para pontuação. Quando eu vejo o caso, eu quero saber logo a quem isto aproveita, quem está levando vantagem, esta deve ser a pergunta. Ora, se um edital diz assim: “escriturários de não sei de onde, X pontos, quem tem serviço, quem já datilografou no serviço público há cinco anos, 50 pontos, quem nunca datilografou no serviço público, no escritório de contabilidade, 2 pontos”, está fácil resolver, não precisa pensar muito; eu dei um exemplo, mas há inúmeros neste mesmo sentido.

Tendo visto diversos casos, temos que retornar para que a coisa não fique dispersa; tudo o que eu falei tem foco na isonomia, o epicentro é a isonomia. “Professor, o senhor vai dar a fórmula matemática para eu saber o que é e o que não é isonômico?”; não, pois não existe esta fórmula! A isonomia possui um conteúdo jurídico e é este conteúdo que nós temos que saber. Embora não haja fórmula matemática, nós temos que manter em nossas mentes aquela idéia jurídica, não política, não subjetiva, aquela idéia juridicizada, normatizada, do porquê dos 25 anos, do porquê de 1,60 m. Se os senhores lerem aquele acórdão do Supremo que fala do 1,60 m para delegado, verão que os argumentos utilizados para justificar a decisão são aceitáveis, porque lá está escrito que o delegado tem que ter uma postura X, um porte tal. Parece justo, mas e se esta mesma exigência fosse feita, por exemplo, para a magistratura? O juiz não precisa ter 1,80 m, nem 1,70 m, não há lógica, não há razão a justificar a discriminação. Se é que mais para frente deverá haver reserva de vagas para deficientes e reserva de vagas para homens, porque as moças estão tomando todo o nosso espaço! Eu falei do fator sexo para lembrar que o edital não pode discriminar magistrados, homens e mulheres, não tem sentido; porém, pode ser que haja um cargo cuja função só possa ser desempenhada por mulheres; por exemplo, para trabalhar como agente penitenciário, para fazer revista pessoal em mulher. Com o passar do tempo, está ficando muito difícil esta diferenciação, esta discriminação em relação ao sexo, porque, como eu falei, as mulheres já tomaram estes postos todos, elas dirigem

táxis, ônibus, até Scania! Nós temos que estabelecer um critério para que possamos, não de maneira matemática, mas de uma maneira razoável, compreender bem isto. A isonomia é relativa, não é um princípio absoluto; a formação aristotélica não serve para resolver porque Aristóteles falou que todos são iguais, todos devem ser tratados igualmente na medida da sua diferença, mas isto não serve para resolver o nosso caso; podemos imaginar que toda e qualquer discriminação é possível, desde que encontre amparo legal e guarde uma relação ou uma correlação, um equilíbrio lógico com os objetivos prestigiados pelo próprio sistema normativo e com a própria norma. Podemos desigualar em razão da cor, do sexo, estatura, porém todo e qualquer elemento que discrimine é válido desde que haja uma relação casuística entre a desigualdade e o objetivo que se quer cumprir, e isto tudo tem que estar prestigiado pelo sistema. Às vezes, a Lei faz a desigualação de uma forma errada, mas neste caso as pessoas procuram o Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade da norma é sempre possível, ainda que adentrando no caso concreto.

Lembrem-se que, ao elaborar editais, deve ser esquecido o subjetivismo, e se forem pensar em desigualação, tem que ser objetiva.

Ainda na Constituição Federal tem um outro assunto muito importante que é relativo ao prazo de validade do concurso; vejam que nós estamos tão-somente focando no cenário constitucional, que é extremamente rico. O art. 37, III, diz: “o prazo de validade do concurso será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”; o que tem de problema em relação a prazo de concurso, validade do concurso e sua prorrogação é algo, assim, impressionante! Eu quero dizer que nós estamos aqui diante de um teto, temos um limite máximo, que no caso é de quatro anos; o prazo pode ser menor, claro, nunca superior, por isto teto; a prorrogação também poderá ser menor, mas nunca pode ser prorrogado por tempo superior a dois anos. Às vezes o edital é omissivo, esqueceu ou não quis dizer sobre a prorrogação; e daí, qual é o prazo do concurso? O prazo constitucional; mas e em relação à prorrogação? Se o concurso no seu edital não previu a prorrogação, posso presumir que haverá prorrogação? Parece que não, mas isto também me levaria a imaginar e a estabelecer a premissa de que a prorro-

gação é discricionária; parece que, em princípio, sim, a Administração Pública saberá dizer se haverá ou não prorrogação, mas nós sabemos muito bem que a Administração, às vezes, burla a regra para não dar posse e não nomear determinados candidatos; espera o prazo de validade se esvaír, não prorroga e toca novo concurso. Tem um caso aqui muito interessante em que o Supremo fez uma repreensão a um determinado Tribunal Eleitoral por ter acontecido exatamente isto que eu falei. O Tribunal Eleitoral, não importa de onde, abriu um concurso em 2002, 9 vagas, prevendo no edital que para as vagas que aparecessem poderiam ser aproveitados os aprovados, o que é normal; em 2004 novos cargos foram criados, mas ao invés do Tribunal Eleitoral fazer a prorrogação, deixou estourar o prazo de validade daquele primeiro concurso – tinha uma lista de aprovados, mas não nomeou, não deu posse. O Ministro escreveu a respeito, dizendo que o quadro gerava perplexidade, especialmente pelo fato de se aguardar do Estado postura exemplar, postura de irrestrito respeito ao cidadão; disse, além disso, que 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. A irregularidade é patente, é evidente, mas quero demonstrar que estes expedientes sub-reptícios aparecem hoje em dia. Esta disposição da Constituição não é fácil de ser burlada, porque, se há a possibilidade desta prorrogação, deve ser visto, no caso específico, como a prorrogação é feita. Alguém pode dizer assim: “mas a Administração tem a discricionariedade de prorrogar ou não”; claro que tem, mas qual é o motivo desta possibilidade de prorrogação, qual é a essência, a razão de ser disso, por que existe a prorrogação? Para que a Administração melhor aproveite o certame já realizado; então, é muito casuístico e circunstancial esse instrumento que tem uma finalidade específica, uma finalidade X, não pode servir como instrumento para obstar a nomeação e a posse de alguns candidatos que já foram aprovados, ou seja, o instituto foi utilizado no caso específico de forma irregular que casa com o aspecto da preterição.



Já sabemos então, até este instante, que o concurso público é uma regra que tem diversas exceções e nós falamos de algumas, falamos também que o concurso público tem um parâmetro todo feito por normas, por princípios da Constituição Federal, onde encontramos a isonomia, a igualdade, a legalidade, a razoabilidade, a moralidade, a competição, o mérito do servidor e outros princípios que devem ser levados para o operacional, para a elaboração do edital.

No fluxo operacional do Concurso Público, o ponto final não está na posse, na nomeação, na investidura; a Administração não pode parar aí, pois segue-se a investidura, ou um pouco antes dela, a capacitação e o treinamento do servidor

público – a pior coisa que pode existir é dar ao servidor público a sua cadeira e a sua mesa e não lhe dar instrução para o exercício da sua função. Por que eu digo isto? Porque, na verdade, o servidor está ali por uma razão que é a prestação, de forma eficiente, de bons serviços públicos. O jornal *O Valor* publicou ontem que para 2006 o total da folha de pagamento da União já passa dos 108 bilhões de reais, ficando o Executivo com a maior parte; ou seja, eu que já ocupei função administrativa várias vezes só posso enxergar o servidor como um instrumento de eficiência do Estado e por isto a necessidade de capacitá-lo. Não adianta colocar 20 ou 30 no setor; a capacitação se faz por meio do treinamento, implantação de um sistema mais eficiente de gestão de pessoal e de serviço. Muito obrigado!