

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

THATIANE DO NASCIMENTO MACHADO FORNAZZA

CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Tubarão

2008

THATIANE DO NASCIMENTO MACHADO FORNAZZA

CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.

Tubarão

2008

THATIANE DO NASCIMENTO MACHADO FORNAZZA

CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, novembro de 2008.

_____

Professor e orientador Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Fábio Zabot Holthausen, Msc
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Profª Sandra Luiza Nunes Ângelo Mendonça Fileti, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Sonia e José David pela dedicação, pela educação, pelo exemplo de força e persistência, por vibrarem com cada uma de minhas conquistas. Ao meu esposo Ronaldo, pelo amor, pelo incentivo e por trazer o brilho que faltava a minha vida. À Deus e à minha família, por ser a base de tudo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Sonia e José David pela dedicação, pela educação, pelo exemplo de força e persistência, por vibrarem com cada uma de minhas conquistas, por acreditarem nos meus sonhos e mostrar-me que por mais difícil que seja o caminho, as dificuldades podem ser superadas, basta ter fé e acreditar e pelo incentivo que me fez dar os primeiros passos e chegar até aqui.

Ao meu esposo Ronaldo, pelo amor, pelo incentivo, pela amizade, pelos momentos de companheirismo, pelo abraço seguro, por estar ao meu lado compartilhando minhas angústias e vitórias e por trazer o brilho que faltava a minha vida.

Aos irmãos Thayse e Thiago, por todo carinho, pelas palavras amigas, pelos conselhos, que muitas vezes me ajudaram a não desistir de meus sonhos.

À toda minha família e aos meus amigos, pela paciência de tolerar minha ausência, especialmente ao enteado Ruan e aos sobrinhos Ingrid, Isabela e Henry.

Aos colegas das tantas turmas das quais fiz parte durante este trajeto na Universidade, aos amigos que conquistei durante o curso.

Um agradecimento especial às amigas Elisandra e Maria Aparecida, por todas as demonstrações de companheirismo, carinho e amizade.

Ao Dr. Alexandre D'Alessandro Filho, brilhante advogado, pela incansável busca pela justiça, a qual incentivou-me na escolha do presente tema.

Ao advogado e professor Celso Spizcovsky pela gentileza de ceder-me um exemplar de sua obra "Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais. Doutrina e Jurisprudência", cuja edição encontra-se esgotada, obra esta que forneceu-me elementos indispensáveis à elaboração deste trabalho.

À Professora Greyce, pela atenção e disposição de compartilhar comigo seu conhecimento, colaborando significativamente para a conclusão deste trabalho.

À Deus, por dar-me o dom da vida, por ter-me concedido tantas bênçãos, por ter iluminando meu caminho nas vezes em que estava tomado pela escuridão, pela família, pela saúde, pelos amigos, pelos sonhos conquistados.

“Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer!” (MAHATMA GANDHI).

RESUMO

Objetivo: analisar a constitucionalidade das limitações dos editais de concursos públicos. Método: para o desenvolvimento deste trabalho, foi realizada a pesquisa bibliográfica sobre origem e evolução do concurso público, elementos conceituais e etapas deste procedimento, bem como os princípios que norteiam sua realização. Efetuou-se, também, a coleta de diversos julgados nos tribunais brasileiros, buscando-se identificar as restrições impostas à participação em concurso público e, ainda, identificar as restrições impostas à participação em concurso público e o posicionamento da jurisprudência sobre o tema. Resultado: constatou-se que a realização de concurso público, como forma de ingresso aos cargos públicos, figura como regra geral, dada a obrigatoriedade estabelecida no art 37, II CF. Identificou-se que este procedimento deve obedecer aos princípios constitucionais do Direito Administrativo e a seus princípios próprios. Identificou-se, ainda, que a CF proíbe a utilização de fatores discriminantes em processos seletivos, porém, em alguns casos, autoriza a lei, a criar critérios fatores diferenciadores para selecionar os candidatos que ingressarão nos quadros da Administração. Conclusão: Diante do exposto, conclui-se que a vedação na constituição, as limitações em concursos públicos como idade, altura, sexo, entre outros, não é de todo absoluta. A lei poderá estabelecer critérios diferenciadores em razão da natureza do cargo a ser preenchido, por força do art. 39, § 3º da CF, desde que pautada na impessoalidade, na moralidade e, principalmente, na razoabilidade.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Limitação. Edital. Concurso público.

ABSTRACT

Objective: analyze constitutionality of the limitations of the public competitive examination´s publication. Method: for the development of this work it was accomplished a bibliographical research about the public competitive examination´s origin and evolution, conceptual elements and stages of this procedure, as well as the principles that guide its accomplishment. The collection of diverse judgments in the Brazilian courts was also made, seeking tol identify the restrictions imposed to the participation in public competitive examination and yet, identify the restrictions imposed to the participation in public competitive examination and the positioning of the jurisprudence on the subject. Result: it was evidenced that the accomplishment of public competition as a way of getting into the public offices appears as general rule, obeying the obligatoriness established in the art 37, II CF. It was identified that this procedure must obey the Administrative law´s constitutional principles and its proper principles. It was yet identified that the CF forbids the use of discriminating factors in selective processes, however, in some cases the law authorizes the creation of differentiating factors to select the candidates who will enter in the Administration's position. Conclusion: For all we've seen, we may conclude that the constitutional bar towards the limitations in public competitive examination, such as age, height, sex, among other ones are not absolute. The law will be able to establish differentiating criteria due to the nature of the position to be filled, by force of the art. 39, § 3º of the CF, as long as based on the impersonality, morality and mainly reasonability.

Key-word: Constitutionality. Limitation. Proclamation. Public competition.

ABREVIATURAS

Art - Artigo

CF - Constituição Federal

Min - Ministro

Des - Desembargador

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TRT - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12
2 CONCURSO PÚBLICO 14
2.1 ORIGEM DO CONCURSO PÚBLICO 14
2.2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO 16
2.2.1 A Constituição do Império e a Constituição de 1891 16
2.2.2 Constituição de 1934 17
2.2.3 Constituições de 1937, 1946 e 1967/69 18
2.2.4 Constituição de 1988 18
2.3 OBJETO E CONCEITO DE CONCURSO PÚBLICO 19
2.4 O PROCEDIMENTO DO CONCURSO PÚBLICO E SUAS FORMALIDADES 20
2.4.1 Etapa Interna 22
2.4.1.1 Ato de abertura do concurso público e a necessidade de previsão orçamentária 23
2.4.1.2 Execução direta e indireta do concurso público 24
2.4.1.3 Constituição e designação da banca examinadora do concurso público 25
2.4.2 Etapa Externa 27
2.4.2.1 Fase da Divulgação e da Convocação 27
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS 32
3.1 NOÇÕES GERAIS 32
3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 33
3.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA 34
3.4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE 36
3.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 37
3.6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE OU PROBIDADE ADMINISTRATIVA 38
3.7 PRINCÍPIO RAZOABILIDADE 40
3.8 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 41
3.9 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO 42
3.10 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE 42
3.11 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL 43
3.12 PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE 44
3.13 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE 44

3.14 PRINCÍPIO PROIBITIVO DA QUEBRA DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO 45
3.15 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE 46
3.16 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO 46
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS 48
4.1 IMPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS DIFERENCIADORES NOS EDITAIS E SEU AMPARO LEGAL 48
4.2 TESTE DE APTIDÃO FÍSICA 51
4.3 CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA 56
4.4 EXAME PSICOTÉCNICO 60
4.5 LIMITE DE IDADE 64
4.6 LIMITE DE ALTURA 67
4.7 DISTINÇÃO DE SEXO 70
4.8 ESTADO CIVIL 72
4.9 CONDUTA SOCIAL DO CANDIDATO 74
4.10 PORTADOR VÍRUS HIV 76
4.11 LIMITE DE PESO 78
4.12 TATUAGEM 79
5 CONCLUSÃO 82
REFERÊNCIAS 84
ANEXOS 93
ANEXO A - Recurso em Mandado de Segurança n. 23.111-SC 94
ANEXO B - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 376.607-5/DF 96
ANEXO C - Recurso extraordinário n. 451142/RN 98
ANEXO D - Apelação Cível n. 2001 01 1 024686-8 100
ANEXO E - Mandado de Segurança n. 2004.016207-3 104
ANEXO F - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7940/MG 107
ANEXO G - Recurso em Mandado de Segurança n. 18.401-PR 109
ANEXO H - Mandado de Segurança n. 11.983/DF 112
ANEXO I - Recurso Especial n. 331.788/RS 119
ANEXO J - Recurso Extraordinário n. 227299/MG 122
ANEXO K - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 636384/DF 125
ANEXO L - Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 25.571 127
ANEXO M - Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.883 130

ANEXO N - Recurso em Mandado de Segurança n. 18.521/RR 133
ANEXO O - Apelação Cível n. 2008.025476-2 139
ANEXO P - Recurso em Mandado de Segurança n. 18.358/SC 145
ANEXO Q - Mandado de Segurança n. 2003.026514-7 148
ANEXO R - Agravo Regimental n. 559823/DF 160
ANEXO S - Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 458735/RS 162
ANEXO T - Recurso Extraordinário n. 209714/RS 164
ANEXO U - Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.033009-4 167
ANEXO V - Mandado de Segurança n. 2004.011220-3 170
ANEXO X - Recurso em Mandado de Segurança n. 20.637/SC 174
ANEXO Z - Recurso em Mandado de Segurança n. 13.820/PI 178
ANEXO Aa - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 598715 183
ANEXO Bb - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 627586/BA 185
ANEXO Cc - Agravo Regimental de Instrumento n. 384050/MS 187
ANEXO Dd - Recurso Especial n. 173.312/MS 189
ANEXO Ee - Recurso em Mandado de Segurança n.19.464/SC 191
ANEXO Ff - Recurso Extraoridnário n. 120305 195
ANEXO Gg - Mandado de Segurança n. 200351010174125 196
ANEXO Hh - Apelação Cível n. 1.0000.00.343691-2/000 198
ANEXO Ii - Recurso Especial n. 750.666/PA 204
ANEXO Jj - Recurso Especial n. 780.032/DF 206
ANEXO Kk - Recurso em Mandado de Segurança n. 22.089/MS 208
ANEXO Ll - Recurso Especial n. 414.933/PR 210
ANEXO Mm - Apelação Cível n. 200101 1024686-8 213
ANEXO Nn - Apelação Cível n. 2001 01 1 024686-8 217
ANEXO Oo - Apelação com Revisão n. 4193415400 221
ANEXO Pp - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.885/MS 223
ANEXO Qq - Recurso Especial n. 214.456 227
ANEXO Rr - Apelação Cível n. 1.0000.00.341272-3/000 229
ANEXO Ss - Apelação Cível n. 1.0024.06.215445-5/001 234
ANEXO Tt - Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.001.28138 238

1 INTRODUÇÃO

Diante das dificuldades do atual mercado de trabalho, dos crescentes índices de desemprego e da ausência de estabilidade na iniciativa privada é cada vez maior a busca por uma vaga no serviço público, que além dos salários mais atrativos, oferecem também aos candidatos a tão sonhada estabilidade.

A Constituição Federal estabeleceu o concurso público como meio de ingresso no Poder Público, buscando com isso a preservação do princípio democrático do direito, garantindo a todos, o igual direito de acesso ao serviço público, sem privilegiar um ou outro candidato.

O acesso a cargos públicos, conforme previsto no artigo 37, II da Constituição Federal, dá-se mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, em forma prevista em lei. Sendo assim, como regra geral, que comporta algumas exceções, só é lícita a investidura em cargos públicos oferecidos pela administração através da realização de concurso público para ingresso.

Porém, as controvérsias surgem no momento em que a Administração realiza o concurso público e impõe as exigências que limitam as oportunidades aos candidatos.

O objetivo que norteia a realização deste trabalho é identificar as limitações existentes nos editais dos concursos públicos e, com base no entendimento dos tribunais brasileiros, analisar sua constitucionalidade.

Para alcançar tal objetivo, realizou-se pesquisa bibliográfica sobre origem e evolução do concurso público, elementos conceituais e etapas deste procedimento, bem como os princípios que norteiam sua realização. Efetuou-se, também, a coleta de diversos julgados nos tribunais brasileiros buscando-se identificar as restrições impostas à participação em concurso público e, ainda, o posicionamento da jurisprudência sobre o tema.

No primeiro capítulo, trataremos exclusivamente sobre o instituto concurso público, conhecendo, desde sua evolução histórica e constitucional até chegarmos ao modelo atual, assim como todas as etapas que a Administração Pública deverá proceder para realizar estes processos seletivos.

No segundo capítulo, abordaremos os princípios constitucionais, vinculados à Administração Pública, aplicáveis aos concursos públicos.

No terceiro capítulo, identificaremos critérios diferenciadores presentes em editais de concursos públicos e buscaremos, com base nas decisões dos tribunais brasileiros,

conhecer os entendimentos dominantes na jurisprudência acerca da constitucionalidade destas limitações, analisando-se os conflitos que emergem diante da complexidade dos direitos constitucionais dos candidatos e dos interesses da Administração Púbica.

2 CONCURSO PÚBLICO

Preceito constitucional obrigatório, o concurso público tem por objetivo selecionar os indivíduos mais capacitados para exercer determinada atividade nos quadros da Administração Pública.

Por constituir um procedimento administrativo, é dotado de características especiais e formalidades que devem ser observadas pelo administrador durante sua realização, que, entre outros fatores de conhecimento indispensável para nortear o presente trabalho, serão abordados a seguir:

2.1 ORIGEM DO CONCURSO PÚBLICO

Ao longo da história, diversos foram os meios aplicados para recrutar os agentes públicos até chegarmos ao modelo atual.

A Administração Pública, já na antiguidade, buscava encontrar processos eficientes para escolher os cidadãos que trabalhariam no serviço público. Dentre eles, segundo José Cretella Júnior, estão o sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso.[1]

O sorteio, tido como processo de inspiração divina, teve seu uso restrito ao preenchimento de cargos de natureza política, sendo que foi bastante utilizado na Antiguidade clássica, e destacando-se pela maneira com que era escolhido quem ocuparia cargos de grande importância. O sorteio poderia ser simples ou condicionado. No primeiro, era aplicado de forma indistinta a qualquer grupo de pessoas; no segundo, aplicava-se apenas àqueles que, entre os escolhidos, apresentassem determinadas[2] características.

A compra e venda de cargos públicos originou-se na França, sendo muito utilizada como fonte de receita. Transformou o cargo público em objeto comerciável.[3]

---

[1] CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 352.
[2] MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime Jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.
[3] GASPARINI, Diógenes. Concurso público. Imposição constitucional e operacionalização. In. MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 14-15.

O Sistema de Transmissão de Cargos Públicos por *herança* demonstrou-se inoportuno para a Administração, visto que tal transmissão dava-se por meio da sucessão hereditária, o que causava certo transtorno, uma vez que os herdeiros que recebiam o cargo, muitas vezes não se encontravam devidamente preparados para assumi-lo, fato este que levava muitos herdeiros a delegarem o cargo e suas funções a terceiros.[4]

Em outro momento da história, os cargos da Administração Pública eram cedidos a particulares pelo Estado, mediante o pagamento de uma contraprestação. Era o chamado *arrendamento*, onde o Estado, na verdade, alugava seus cargos públicos.[5]

Posteriormente, no processo evolutivo do concurso público foi criado o *sistema de livre nomeação*, que poderia ser *absoluta* ou *relativa*. Nesta, a indicação de quem ocuparia o cargo público deveria ser submetida a outro Poder, enquanto naquela, não existia a interferência de qualquer outro Poder, sendo a designação do ocupante pelo cargo, realizada de forma exclusiva pela autoridade da Administração.[6]

A eleição era utilizada para a escolha de cargos públicos administrativos e dava ao povo a possibilidade de escolher, direta ou indiretamente, aqueles que viriam a ser os servidores do Estado.[7] Tal sistema ainda é empregado na composição do quadro efetivo de alguns cargos em determinados países, como os cargos para juízes e promotores de justiça nos Estados Unidos, por exemplo.[8]

O modelo atual de seleção de pessoal para trabalhar no serviço público desenvolveu-se na França, após inúmeras lutas travadas com aqueles favorecidos pela aplicação de outros sistemas.[9]

José Cretella Júnior considera o concurso público como o melhor meio de seleção e recrutamento de agentes públicos. Embora se diga que o concurso não é isento de falhas insanáveis, afastando as maiores capacidades que, por modéstia ou timidez não pretendem arriscar a reputação de que gozam perante comissões nem sempre unanimemente idôneas, tendo sido, por isso mesmo, repelido pelas antigas legislações da Inglaterra e da Alemanha, que, no entanto, por outros processos levaram às cátedras nomes famosos, como Kant e Iherinh; embora também, se diga que alguns candidatos, por acaso, podem ser beneficiados com matéria que mais conheçam, não obstante se diga também que os mais brilhantes possam impressionar melhor nas provas públicas, o que ninguém pode negar é que, de todos os modos

---

[4] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 3.
[5] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 15.
[6] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 4.
[7] MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9.
[8] GASPARINI In. MOTTA, op. cit., p. 17.
[9] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 5.

de seleção, é o único que tem o grande mérito de arredar *in limine* os absolutamente incapazes, o único que procede de acordo com os princípios informativos de índole científica.[10]

Dentre os meios de seleção empregados pelo Estado até a atualidade, o *concurso público* ganha importante destaque e relevância, visto que busca oportunizar, de forma igualitária, o direito de acesso dos cidadãos que preencham os requisitos estabelecidos em lei, aos cargos públicos oferecidos pela Administração.

2.2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

2.2.1 A Constituição do Império e a Constituição de 1891

No Brasil Império, as funções públicas, conforme cita Márcio Barbosa Maia, em sua maioria, eram desempenhadas por cidadãos escolhidos pelo Imperador. Neste período não existia a previsão legal de um processo seletivo para escolha e admissão de funcionários públicos. A discricionariedade do Imperador era "processo seletivo" aplicado na época, pois neste período histórico, a vontade pessoal do Imperador era soberana e aceita como se fosse a vontade do Estado.[11] Entretanto, a Constituição Política do Império do Brasil, em seu artigo 179, XIV, assegurava que qualquer cidadão poderia ser admitido pela Administração para preencher um cargo público, estabelecendo que a única distinção se daria pelos talentos de cada um.[12]

Os referido autor cita ainda que na vigência de tal regulamento foram editadas outras normas, buscando a imparcialidade na admissão de servidores públicos.como o Decreto Imperial nº 25, de 12 de Agosto de 1833, e o Decreto nº 440, de 10 de dezembro de 1845.

---

[10] CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 357.
[11] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 7.
[12] BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm.>. Acesso em: 22 ago. 2008.
Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[...]
XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.
[...].

O Decreto 25/1833 dispunha sobre as provas para o grau de Doutor e acesso ao cargo de professor nos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, que se daria pela forma de concurso, enquanto o Decreto 440/1845 dispunha sobre o modo dos concursos para professores da corte Imperial.

A primeira Constituição promulgada após a proclamação da República, em 1891, manteve a discricionariedade na contratação de agentes para os cargos públicos, segundo a qual tais cargos estariam disponíveis ao preenchimento por todos os brasileiros, porém previa a observância de "capacidade especial" prevista em lei.[13] Em seu artigo 73 determinava que os cargos públicos, civis ou militares, seriam acessíveis a todos os brasileiros, sendo observadas as condições de capacidade especial instituídas em lei, sendo vedadas as acumulações remuneradas.[14]

2.2.2 Constituição de 1934

Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte pelo presidente Getúlio Vargas, após a Revolução Constitucionalista em 1932, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que pregava a imparcialidade nos meios utilizados para escolha de servidores públicos. Foi neste momento histórico que concurso público passou a ser um princípio constitucional, devendo ser aplicado somente nas situações em que a lei o dispusesse de forma expressa e somente para os cargos considerados de carreira.[15]

A Constituição de 1934 trouxe ainda outro tema bastante importante para o funcionalismo público e que é, até hoje, um dos maiores atrativos para o ingresso no serviço público: a estabilidade, a qual o trabalhador teria direito após dois anos da nomeação ocorrida em virtude de concurso público de provas e somente após dez anos de serviço.[16]

---

[13] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 8.
[14] BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm.>. Acesso em: 22 ago. 2008.
[15] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 8.
[16] Ibid., p.8.

2.2.3 Constituições de 1937, 1946 e 1967/69

Antes das Constituições de 1937 e 1946, os concursos, além de provas, poderiam ser também de títulos[17], o que permitia a escolha de candidatos exclusivamente por títulos. Tais constituições continuaram prevendo a obrigatoriedade da realização de concurso público para ingresso de servidores da Administração Pública, quando a lei assim dispusesse.

Os concursos públicos de provas ou de provas e títulos foram consagrados com a constituição de 1967/69, que em seu artigo 95, §1º, vedou a seleção de candidatos com base unicamente em título, procedimento que era utilizado nas constituições anteriores.[18]

2.2.4 Constituição de 1988

A Constituição de 1988, a chamada "Constituição Cidadã", consagrou a democracia e a moralidade ao determinar que a investidura nos cargos públicos esteja condicionada à aprovação em concurso público.

Conforme disposto no artigo 37:

> Art 37.
> [...]
> II – 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;
> [...].[19]

---

[17] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 9.

[18] BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm.>. Acesso em: 22 ago. 2008.
Art . 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.
§ 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.
§ 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.
§ 3º - Serão providos somente por brasileiros natos os cargos da carreira de Diplomata, os de Embaixador e outros previstos nesta Constituição.

[19] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. (Org.) **Vade Mecum**. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 22.

Segundo Alexandre de Moraes, a partir da égide da Constituição de 1988, o concurso público é imposto às pessoas estatais de maneira compulsória, sendo que sua imprescindibilidade não se refere apenas à primeira investidura em cargos ou funções públicas, como também para as hipóteses de transformação de cargos.

> A partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive à hipóteses de transformação de cargos públicos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, que, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais ele foi legitimamente admitido.[20]

Atualmente os concursos públicos podem ser de provas ou de provas e títulos, conforme previa a Constituição de 1967.

2.3 OBJETO E CONCEITO DE CONCURSO PÚBLICO

O Concurso público segundo Hely Lopes Meirelles:

> é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina ao art. 37, II, da CF.[21]

Para Diógenes Gasparini, o concurso público é o procedimento administrativo posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional ou empresarial, para a seleção de um titular de cargo ou emprego público.[22]

No entendimento de Agapito Machado Júnior, “o concurso público é um veículo ou meio constitucional de que se vale a Administração Pública (direta ou indireta) apto a garantir o acesso do povo na condição de servidor público ao poder político.”[23]

Pode-se entender o concurso como sendo uma seqüência de atos administrativos interligados, ordenados e que deverão ser realizados durante uma cronologia estabelecida

---

[20] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 327.
[21] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 396.
[22] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 20.
[23] MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 11.

previamente, cuja finalidade é selecionar, entre várias pessoas, aquelas aptas a assumirem cargos ou empregos da Administração Pública.[24]

Maia Barbosa Maia[25] entende que por ter finalidade definida, o concurso público é visto como um procedimento administrativo com características especiais, regras e princípios a serem observados, que serão analisados em capítulo à parte.

Além disso, tem como objeto material os empregos e cargos públicos que necessitem ser ocupados imediatamente, sendo que constitui o objeto jurídico deste procedimento o preenchimento de tais vagas pelos classificados e selecionados mediante a realização de provas ou de provas e títulos, obedecendo atentamente a ordem classificatória dos candidatos, o que faz surgir o vínculo funcional entre o cidadão e o Poder Público.

Baseados em tais características, Maia Barbosa Maia conceitua o concurso público como sendo um processo administrativo especial, externo, ampliativo e concorrencial.

> Diante de tais subsídios jurídicos, o concurso público pode ser conceituado como um processo administrativo especial, externo, ampliativo e concorrencial, que visa a selecionar e recrutar pessoas, atendidos os requisitos legais, para assumir cargos ou empregos públicos vagos na estrutura administrativa estatal, mediante realização de provas ou provas e título, atendida a ordem de classificação final dos candidatos.[26]

Em rigor técnico, no entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Melo, concurso "é um processo de seleção em que se enseja disputa, competição, entre os candidatos" e que pretende assegurar a igualdade entre os cidadãos, permitindo a estes postular o cargo público e garantir que a administração obterá servidores aptos e competentes.[27]

2.4 O PROCEDIMENTO DO CONCURSO PÚBLICO E SUAS FORMALIDADES

A falta de regras claras e objetivas sobre todas as etapas dos concursos tem gerado diversos transtornos, o que faz surgir a necessidade da imposição de normas gerais para regular os concursos públicos, já que a omissão do Estado dá aos editais o *status* de regulamento autônomo, pois embora não seja o edital uma lei, traz ele requisitos não previstos

---

[24] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 23.
[25] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 14-15.
[26] Ibid., p. 15.
[27] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 56.

em lei, ou contrários à ela, aceitos como se lei fosse por aqueles que desconhecem seu verdadeiro direito.[28]

A Constituição Federal não estabelece a forma de realização dos concursos públicos, porém, como é conveniente, eles devem ser "precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas."[29]

A obrigatoriedade de concurso público para provimento de vagas da Administração Pública tem origem no artigo 37, II da Constituição Federal de 1988.

Buscando garantir a obrigatoriedade de realização do concurso público, a Constituição Federal de 1988 prescreveu o desrespeito aos incisos II e III de seu artigo 37 como causa de nulidade absoluta do ato de provimento, tendo como conseqüência a responsabilização do agente público, seja da Administração direta ou indireta.[30]

> Art 37 - A administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderesda União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:
> I – os cargos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma de lei;
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e de títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para o cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Porém, conforme já mencionado, o próprio constituinte permitiu exceções à regra da obrigatoriedade do concurso público ao não exigir a forma de seleção para a admissão às funções citadas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos.[31]

Como já citado, o concurso público tem por principal objetivo recrutar pessoas capacitadas para ocupar um cargo ou emprego público. Para tal, faz-se necessária uma seqüência de atos e procedimentos, internos e externos.[32]

O primeiro passo consiste na verificação da viabilidade orçamentária. Posteriormente, busca-se a autorização para a realização do processo seletivo, que pode dar-se de forma direta ou indireta. Na primeira hipótese serão estabelecidas as regras de cunho geral

---

[28] SPITZCOVSKY, Celso. Limitações constitucionais aos editais de concursos públicos. **Bonijuris**, Curitiba, ano 15, n. 485, p. 28-29, abr. 2004.
[29] MEIRELLES, 1999, p. 388.
[30] MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 13.
[31] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 679.
[32] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 78.

do concurso, por meio de um regulamento e, após, serão escolhidos os responsáveis que comporão a banca examinadora, a qual caberá a formulação do edital, que conterá as normas que regerão o concurso público em questão, estabelecendo os critérios para ingresso no cargo ou emprego público a disposição, bem como estabelecer o período para inscrição dos candidatos, dia e horário de realização das provas, métodos utilizados na avaliação das provas, entre outros.[33]

A publicação e divulgação do edital do concurso público dão início a etapa externa, que vai desde a fase de abertura do processo seletivo, da inscrição, realização e correção das provas até a fase de homologação do certame.[34]

Passamos à análise das etapas do concurso público.

2.3.1 Etapa interna

No entendimento de Diógenes Gasparini, a parte interna do concurso público é assim chamada porque não repercute externamente, destinando-se a "convencer a Administração Pública da necessidade de realizar certo concurso de ingresso de pessoal em seus quadros e a levantar as informações indispensáveis à realização e à legalidade do certame."[35]

Ilustra o referido autor que, nesta fase, é concretizado pela Administração um estudo sobre a existência de cargos vagos em seus vários setores. Após este procedimento, é realizada a análise dos eventuais custos das futuras admissões de pessoal, verificando-se se os valores estão dentro dos parâmetros estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal.[36]

---

[33] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 78.
[34] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 57.
[35] Ibid., p. 51.
[36] Ibid., p. 53.

2.3.1.1 Ato de abertura do concurso público e a necessidade de previsão orçamentária

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello que a razão de ser do concurso público é a existência de vagas ociosas de cargos e empregos nos órgãos estatais e a necessidade de provimento destas vagas com o fito de atender os objetivos da Administração Pública.[37]

Sendo assim, para abertura de um concurso público, primeiramente é preciso a existência de vagas a serem preenchidas. Em segundo momento, deve ser analisada a necessidade do preenchimento de tais vagas. Somente assim, poderá a Administração justificar a abertura de tal processo seletivo. A Administração precisa, portanto, de motivação para dar início a um concurso público.[38]

A instauração de concurso público constitui ato discricionário da administração, visto que poderá esta analisar a conveniência e oportunidade e adequá-lo à sua situação orçamentária para poder ajustar-se às normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.[39]

Porém, deve a lei estabelecer objetividade nos critérios que regem a abertura dos concursos, para que a discricionariedade da Administração não venha a prejudicar a coletividade, desviando a finalidade do certame, bem como desrespeitando o princípio da obrigatoriedade do concurso público, como, por exemplo, as contratações de funcionários por prazo determinado.[40]

A exigência de previsão orçamentária como requisito para a abertura do procedimento para realização do concurso público tem amparo legal no art. 169 da Constituição Federal, segundo o qual a admissão ou contratação de pessoal pela Administração Pública poderá ser feita somente se houver dotação e autorização orçamentárias.[41]

> Art. 169. A despesa com o pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.
> §1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos ou entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público só poderão ser feita:
> I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

[37] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. In: MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 79.
[38] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 80.
[39] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 53.
[40] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 81.
[41] Ibid., p. 81.

> II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.
> [...].[42]

Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que a natureza do concurso público o faz um procedimento formal, sujeito às imposições constitucionais, que não oferecem liberdade tanto ao administrador público quanto ao legislador. Cita, ainda, que ao iniciar as atividades que antecedem o começo do concurso público e, após a verificação da existência das vagas nos cargos públicos, a Administração tem o dever de verificar a real necessidade de provimento dos cargos oferecidos, observadas as determinações legais.[43]

Segundo Márcio Barbosa Maia, no momento do início do processo seletivo, não há a necessidade da existência de todas as vagas oferecidas no edital, porém, tais vagas devem surgir durante o prazo de validade do concurso e ilustram o tema da seguinte forma:

> Imagine-se, por exemplo, que um percentual significativo de servidores vinculados a determinado quadro de pessoal venham a se aposentar compulsoriamente em poucos meses. Neste caso, é perfeitamente possível deflagrar, de logo, o procedimento do concurso público, uma vez que a futura existência de vagas é dado certo e inexorável.[44]

Para o autor, a abertura de concurso público constitui ato discricionário da Administração, que baseado nos critérios de oportunidade e conveniência, analisam o impacto orçamentário gerado pela instauração do concurso público, uma vez que deverão ser respeitadas as diretrizes da lei de responsabilidade fiscal, o que, segundo ele, não autoriza a Administração Pública a criar um lapso temporal muito grande entre um concurso e outro.[45]

2.3.1.2 Execução direta e indireta do concurso público

A Administração poderá optar entre ela mesma realizar o concurso público, de forma direta ou de forma indireta, utilizando seus próprios recursos para realizar o certame ou delegando tal execução à outro órgão ou entidade.[46]

---

[42] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO; WINDT, CÉSPEDES, 2007, p. 56.
[43] BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Concurso público. Imposição constitucional e operacionalização. In. MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 75.
[44] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 80.
[45] Ibid., p. 80.
[46] Ibid., p. 82.

Na execução do concurso de forma indireta, deverá a Administração contratar a empresa que será responsável pela execução do concurso público por meio de licitação, observados os requisitos do artigo 24, VIII, da Lei 8666/93.[47] Tal modo executório permite à Administração estabelecer as diretrizes que irão reger o concurso a ser criado. Além disso, garante maior imparcialidade na execução do certame e "não retira da Administração pública o poder de estabelecer as condições gerais do certame e as exigências mínimas para o adequado exercício do cargo ou emprego público, objeto de locação."[48]

2.3.1.3 Constituição e designação da banca examinadora do concurso público

a) Autonomia da Banca Examinadora

Para assegurar o cumprimento dos princípios que regem o concurso público, que serão abordados em capítulo específico, e visando alcançar a finalidade do concurso público, garantindo sua liberdade técnica e científica, é preciso a criação de órgãos colegiados para a execução das atividades necessárias para a realização do concurso público. Tais órgãos possuem autonomia administrativa e sofrem interferência política dos órgãos interessados diretamente no concurso.[49]

No entendimento do doutrinador Hely Lopes Meirelles, por ser o concurso um ato administrativo, deve "ser realizado através de bancas ou comissões examinadoras legalmente constituídas com elementos capazes e inidôneos do quadro do funcionalismo ou não..."[50]

Ainda sobre as bancas examinadoras, o renomado autor entende que: é conveniente, ainda, que as bancas ou comissões examinadoras, se constituídas por servidores, o sejam somente com os efetivos, para se assegurar a independência no julgamento e afastar as influências estranhas.[51]

Neste entendimento, constata-se que para assegurar a independência e imparcialidade da banca examinadora, os integrantes desta se forem servidores, deverão ser efetivos.

---

[47] Lei 8666/93. "Art. 24 - É indispensável a licitação:VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado."
[48] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 82-83.
[49] Ibid., p. 83.
[50] MEIRELLES, 1999, p. 388.
[51] Ibid., p. 388.

b) Publicidade dos atos constitutivos e do rol de membros da banca examinadora

Após escolhidos, os membros da banca examinadora devem ser designados pela autoridade competente por meio de portaria ou ato administrativo.[52]

Márcio Barbosa Maia entende que o concurso público, por ter caráter competitivo e resultar no julgamento de provas, "expõe os participantes-administrados a censura pública, tendo em vista que a divulgação dos resultados possibilitará o exame social da performance individual dos candidatos" e, como ato de transparência, deve a Administração levar previamente ao conhecimento dos candidatos a uma vaga no serviço público o nome daqueles que irão compor sua banca examinadora, da mesma forma com que divulga o resultado obtido pelos candidatos a todos os interessados.[53]

c) Imparcialidade da banca examinadora: impedimento e suspeição de seus membros

O dever de imparcialidade constitui condição necessária para a realização do concurso público, sendo que o não cumprimento de tal dever implicaria em flagrância aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.[54]

Por tamanha importância, a violação do dever de imparcialidade constitui ato de improbidade administrativa, segundo o artigo 11 da Lei 8.429/92: "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]."[55]

Segundo Márcio Barbosa Maia, o exercício de dever de imparcialidade nos concursos públicos pode dar-se por meio de impedimento e/ou suspeição[56], sendo que a primeira consiste em circunstâncias objetivas, que por si só frustra a imparcialidade do julgador, enquanto aquela parte do campo subjetivo, dependerá da capacidade do agente em influenciar-se ou não.[57]

No edital, devem constar as causas de impedimento e suspeição dos integrantes das bancas examinadoras ou comissões e, ainda, os meios para seu efetivo exercício. Torna-se imprescindível a nomeação de suplentes para a banca examinadora, para que em caso de

[52] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 63.
[53] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 84.
[54] Ibid., p. 86.
[55] BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função ma administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. In: PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p. 1454.
[56] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 85.
[57] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. In: MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 86.

impedimento ou suspeição de alguns integrantes, não sejam os trabalhos deste órgão frustrados ou interrompidos.[58]

d) Idoneidade técnica e científica dos membros da banca examinadora

Hely Lopes Meirelles recomenda que os integrantes da banca tenham títulos acima do cargo a que se pretende prover:

> Outra cautela recomendável é a de não se colocar examinadores de hierarquia inferior à do cargo em concurso ou que tenham menos títulos científicos ou técnicos que os eventuais candidatos, sem o quê ficará prejudicada a eficiência das provas, além de constituir uma *capitis deminutio* para os concorrentes mais categorizados que os integrantes da banca.[59]

Tal fato é recomendável para que haja questionamentos sobre a eficiência, eficácia e efetividade do concurso público.[60]

2.3.2 Etapa Externa

A parte interna do concurso público constitui apenas uma etapa preparatória. Já a parte externa possui algumas fases importantes para o processo de seleção, como a divulgação, convocação, deferimentos ou não da inscrição, realização das provas, publicação dos resultados e, por fim, a homologação.

2.3.2.1 Fase da Divulgação e da Convocação

a) Edital do Concurso Público

Constitui requisito essencial para a realização de concurso público a existência do edital. Através dele, a Administração torna público a abertura do concurso público e, estabelece todas as condições para sua realização.[61]

---

[58] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 87.
[59] MEIRELLES, 1999, p. 388.
[60] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 88.
[61] Ibid., p. 90.

Constitui o edital um ato de origem normativa, que é definido por Diógenes Gasparini da seguinte forma:

> [...] instrumento através do qual a Administração Pública interessada na admissão ou contratação de pessoal noticia a abertura de concurso público de ingresso no serviço público, fixa as condições de sua realização e de participação dos candidatos ao preenchimento dos cargos, funções ou empregos públicos postos em disputa.[62]

Segundo o doutrinador[63], o edital pode ser visto como a lei interna vigente durante o concurso público e compõem-se de três partes: o preâmbulo, o texto e o encerramento. A primeira constitui a parte de abertura do certame, onde encontram-se disposições quanto à identificação do concurso e entidade responsável, tipo de provas (provas ou provas e título), legislação, os cargos e número de vagas oferecidas, bem como local e horário onde possam ser obtidas informações acerca do processo seletivo.

A segunda parte constitui-se pelo texto que estabelece as condições gerais do certame, onde será indicada a banca examinadora e estipuladas todas as regras referentes à inscrição dos candidatos, disciplina das provas, bem como os critérios utilizados para avaliação, disposições sobre a realização de exames psicotécnicos, capacidade física e mental dos aprovados, vagas destinadas a portadores de necessidades especiais e, ainda, normas relativas à validade, homologação e prorrogação do certame.

Já na terceira parte, o encerramento, refere-se às disposições referentes à divulgação, data e assinatura da autoridade competente.

Em razão dos princípios da publicidade e competitividade, a Administração deverá assegurar a ampla divulgação do conteúdo do edital do concurso público, sendo estabelecido pelo artigo 21, §2º, I, da Lei 8.666/93 o prazo mínimo de 45 dias entre a publicação do edital e a realização das provas do certame.

b) Fase da Inscrição

Para participar do processo seletivo promovido pela Administração, o interessado deverá, voluntariamente, manifestar sua intenção, por meio da inscrição, que estará sujeita ao crivo da autoridade administrativa, que deverá homologar a inscrição se preenchidos os requisitos exigidos.[64]

---

[62] GASPARINI In: MOTTA, 2007, p. 65.
[63] Ibid., p. 65.
[64] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 94.

A fase de inscrição tem início com a publicação do instrumento convocatório do concurso público, onde os interessados deverão manifestar-se de acordo com as datas e horários e nos prazos fixados no edital, devendo as inscrições serem recebidas e processadas em locais que respeitem a natureza do cargo oferecido e de fácil acesso, sendo sempre respeitado o prazo de 45 dias entre a publicação do edital e realização das provas.[65]

A Administração Pública cobra dos candidatos um valor a fim de custear a execução do procedimento, o que é chamado de taxa de inscrição. Diversos questionamentos surgiram sobre a legalidade da cobrança da taxa de inscrição, fato este que ensejou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a cobrança da taxa de inscrição não é ilegal, pois tem por finalidade apenas fazer frente às despesas com o concurso.[66]

Os Tribunais vêm decidindo que os candidatos hipossuficientes economicamente sempre farão jus à isenção da taxa de inscrição dos concursos públicos.[67]

c) Realização das provas

Márcio Barbosa Maia classifica as provas do concurso público da seguinte forma:

> Quanto à natureza, as provas dos concursos públicos podem ser escritas (objetivas, discursivas/dissertativas e mistas), orais, de capacidade física, psicotécnicas, práticas e de títulos; quanto à existência, ou não, de caráter excludente do certame, as provas podem ser exclusivamente classificatórias, exclusivamente eliminatórias ou classificatórias e eliminatórias; quanto ao objeto de avaliação, as provas podem ser de conhecimento (provas escritas e orais), de habilidade específica (provas práticas), físico-orgânicas (prova de capacidade física), de aptidão psicológica (provas psicotécnicas) e culturais (provas e títulos).[68]

O citado doutrinador conceitua a prova objetiva como sendo aquela onde são utilizados critérios impessoais e uniformes para a elaboração da prova, contendo geralmente, questionamentos de múltipla escolha. As questões com maior relação à área de atuação do cargo público concorrido podem ser ponderadas com valor superior às demais disciplinas.[69]

Já as provas realizadas de forma discursiva exigem que o candidato tenha maior conhecimento sobre o tema e a área proposta e analisa sua capacidade de desenvolver e dissertar acerca do assunto. Nela, utilizam-se questões abertas, que pode vir a ser questões-problemas, comentários, pareceres ou dissertações.[70]

---

[65] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 95.
[66] Ibid., p. 96-97.
[67] Ibid., p. 98.
[68] Ibid., p. 104.
[69] Ibid., p. 105.
[70] Ibid., p. 105.

Ainda como forma de dar maior simplicidade a seus processos seletivos, a Administração poderá valer-se da realização das chamadas provas-mistas, onde utilizam-se as provas objetivas e subjetivas.[71]

Há concursos que exigem ainda provas de capacidade física, que no entendimento de Maia Barbosa Maia são as provas onde os candidatos são submetidos a uma gama de exames e testes no intuito de avaliar suas condições orgânicas e físicas para desempenhar as atividades do cargo pretendido, possuem caráter eliminatório.[72]

Existem ainda as avaliações psicológicas, que segundo o Manual de Elaboração de Documentos Decorrentes da Avaliação Psicológica (Resolução 007/2003 do Conselho Federal de Psicologia) constitui um processo de coleta de dados e interpretação de fenômenos psicológicos do indivíduo analisado.

> A avaliação psicológica é entendida como o processo técnico-científico de coleta de dados, estudos e interpretação de informações a respeito dos fenômenos psicológicos, que são resultantes da relação do indivíduo com a sociedade, utilizando-se, para tanto, de estratégias psicológicas - métodos, técnicas e instrumentos. Os resultados das avaliações devem considerar e analisar os condicionantes históricos e sociais e seus efeitos no psiquismo, com a finalidade de servirem como instrumentos para atuar não somente sobre o indivíduo, mas na modificação desses condicionantes que operam desde a formulação da demanda até a conclusão do processo de avaliação psicológica.[73]

Celso Antônio Bandeira de Mello questiona a constitucionalidade de tal método avaliativo que, segundo ele, “servem para eliminação dos candidatos que não correspondem ao ‘modelo’ pretendido.”[74]

Já as provas de títulos constituem “na avaliação cultural do candidato, a partir da análise de sua efetiva produção científica, técnica ou artista pregressa”. Esta avaliação deve ocorrer com base nos parâmetros estabelecidos no edital do certame.[75]

d) Fase de classificação dos candidatos

Após a aplicação e correção da prova, a comissão ou banca examinadora do concurso realizará a divulgação provisória dos candidatos classificados. O número de relações provisórias de resultados dependerá da quantidade de fases previstas no edital do certame.[76]

---

[71] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 113.
[72] Ibid., p. 117.
[73] MANUAL de elaboração de documentos decorrentes da avaliação psicológica. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/a_orien/legislacao/resolucoes_cfp/fr_cfp_007-03_Manual_Elabor_Doc.htm>. Acesso em: 27 nov. 2008.
[74] MELLO, 1990, p. 58.
[75] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 132.
[76] Ibid., p. 134-135.

Efetuada a aplicação e correção de todas as provas do concurso e divulgadas as decisões de recursos, eventualmente interpostos contra o processo seletivo, é finalmente divulgada a relação definitiva dos candidatos classificados no concurso público sendo, portanto, aprovados aqueles que estiverem "classificados dentro do número das vagas ofertadas no edital ou dentro do número de vagas que por ventura forem criadas no curso do prazo de validade do concurso público."[77]

e) Fase de homologação do concurso público

É conceituado por Márcio Barbosa Maia como o ato administrativo utilizado para verificar a legalidade do concurso público, bem como analisar a oportunidade e conveniência para realizá-lo.

> A homologação, à sua vez, é o ato administrativo de controle e condição de eficácia do concurso público, por intermédio do qual a autoridade máxima do órgão ou entidade verifica a legalidade e a regularidade do seu procedimento e a conveniência de sua realização.[78]

Nesta fase, a autoridade competente realiza a análise de todo o procedimento, verificando a legalidade e o mérito do certame que, se ocorreu conforme a legislação e as normas previstas no edital e se ainda existe interesse na contratação dos novos servidores pela administração, deverá ser homologado.[79]

Após analisada a obrigatoriedade da realização de concurso público, como regra geral para o provimento inicial nos cargos da Administração Pública em caráter definitivo, o passo seguinte consiste em estabelecer os princípios constitucionais a que estão vinculados os concursos públicos.

---

[77] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 135.
[78] Ibid., p. 136.
[79] GASPARINI In. MOTTA, 2007, p. 62.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

A Administração Pública deve atentar-se à observância obrigatória e permanente de algumas regras na realização dos atos administrativos. Tais regras constituem os fundamentos da ação administrativa, que deve zelar e guardar os interesses sociais.[1]

Por ser o concurso público um ato administrativo, conseqüentemente, estará, também, subordinado aos princípios gerais da Administração, tais como os princípios da isonomia, razoabilidade, motivação, bem como aos princípios próprios do procedimento concorrencial, como o princípio da competitividade, da seletividade, vinculação ao edital, entre outros, que serão desenvolvidos a seguir.

3.1 NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO AOS CONCURSOS PÚBLICOS

Segundo ensinamento de José Cretella Júnior, "denomina-se *princípio* toda proposição, pressuposto de um sistema, que lhe garante a validade, legitimando-o."[2]

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello assim ensina o conceito de princípio:

> é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.[3]

O mesmo autor cita, ainda, que o artigo 37, caput da CF expressou diretamente apenas cinco princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Porém, muitos outros princípios merecem ser consagrados constitucionais, dada sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Tal entendimento é demonstrado pela passagem a seguir:

---

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82.
[2] CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.
[3] MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 817.

> Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem consagração constitucional: uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art 37, *caput;* outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.[4]

Já Celso Spitzcovsky comenta que "o elenco desses princípios nomeados no *caput* do art. 37 apresenta natureza meramente exemplificativa, não esgotando, pois, o tema."[5]

O referido autor conclui que, sendo o concurso público uma regra geral, devem estar submetidos aos princípios elencados no art. 37 da CF não somente a Administração Pública direta como também as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações, as agências reguladoras e executivas do governo.[6]

Os concursos públicos, conforme já averbado, também chamados processos concorrenciais, subordinam-se aos princípios gerais do direito administrativo, como os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência, motivação, isonomia, razoabilidade. Entretanto, os concursos públicos também estão sujeitos aos princípios próprios como os seguintes: obrigatoriedade, competitividade, instrumentalidade, seletividade, princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação, duplo grau de jurisdição e princípio do julgamento objetivo, os quais serão desenvolvidos a seguir.

3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é assim conceituado por Hely Lopes Meirelles:

> A legalidade como princípio de administração (Cf. art. 37, *caput),* significa que o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos, mandamentos da lei e à exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.[7]

Ainda entende o mesmo autor que a Administração Pública encontra-se desprovida de liberdade e vontade pessoal, e ilustra que a administração legítima é aquela que respeita as exigências legais e conforma-se com o que preceitua a instituição pública.[8]

---

[4] MELO, 2003, p. 86.
[5] SPITZCOVSKY, Celso. **Concursos públicos**: limitações constitucionais para os editais. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 68.
[6] Ibid., p. 67.
[7] MEIRELLES, 1999, p. 82.
[8] Ibid., p. 82-83.

Já o doutrinador José Cretella Júnior conceitua o princípio da legalidade como "uma limitação do poder administrativo, sendo, sob esse aspecto, um princípio liberal, um elemento de liberalismo no regime administrativo" e conclui, referindo-se à legalidade, como sendo a relação existente entre "regras limitadoras e as atividades administrativas, que aqueles pretendem limitar."[9]

Expressa o princípio da legalidade uma das maiores conquistas já realizadas pelo homem, visto que os conflitos e divergências oriundas da vida em sociedade passaram a ser dirimidos pela vigência de leis e não mais pela imposição da força.[10]

Seu significado, segundo Diógenes Gasparini, está no fato de a Administração Pública estar vinculada ao estabelecido por lei, não podendo afastar-se destes regulamentos, pois, caso contrário, o ato praticado será considerado inválido e seu autor responsabilizado.[11]

O princípio da legalidade atua em respeito à finalidade estabelecida pela lei, com o intuito de preservar a ordem pública.[12]

Modernamente, o princípio da legalidade vem sendo conceituado como o dever que a Administração Pública possui em realizar suas ações sempre pautadas no direito e, em sua visão formal, não meramente na lei.[13]

3.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A garantia de acesso igualitário a todos os interessados nos cargos públicos oferecidos pela Administração Pública é direito de qualquer cidadão, que possui fortes raízes constitucionais "a partir do art.1º da Constituição Federal, que consagra o princípio republicano, que não admite castas ou classes de cidadãos."[14]

---

[9] CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 8-9.
[10] SPITZCOVSKY, 2004, p. 68.
[11] GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7.
[12] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 303.
[13] MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In. MOTTA, Fabrício (Org). et al. **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 144.
[14] DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In. MOTTA, 2007, p. 91.

A Constituição Federal estabelece no caput do art. 5º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."[15], e consiste na expressa previsão do princípio da igualdade.

Ensina Diógenes Gasparini que "todos os iguais em face da lei, também o são perante a Administração Pública"; que todos têm direito a tratamento igualitário por parte da Administração, sendo imposto aos iguais um tratamento dotado de impessoalidade e isonomia, ausente de discriminações, tendo este princípio o objetivo de evitar privilégios.[16]

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade tem o condão de firmar a tese de que a Administração Pública não pode valer-se de "favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém," visto que os interesses tutelados pela Administração pertencem a toda sociedade e, por tal motivo, todos os atos praticados por seus administradores devem oportunizar a igualdade para com todos os administrados.[17]

Neste sentido, expressa-se Norberto Bobbio, que a igualdade na lei deve ser o condutor para a igualdade perante a lei.

> 'A lei é igual para todos', é a generalidade das normas jurídicas, ou na verdade, o fato de que as normas jurídicas se dirigem ou não a este ou àquele cidadão considerado singularmente, mas à generalidade dos cidadãos, ou também a um tipo abstrato de operadores na vida social. Em outras palavras, a generalidade no juízo normativo não é um requisito indiferente, mas é considerado como um meio válido para a atuação de um dos fins supremos do Direito, a igualdade (pelo menos formal). Um dos significados mais comuns do termo "justiça" é o da igualdade em face da lei.[18]

Porém, controvérsias existem acerca do conteúdo do princípio da igualdade.

Para Celso Spitzcovsky, em um primeiro momento, foi tentado a implementação do conceito substancial de igualdade, onde todos os homens são iguais em direitos e deveres, conceito este inviabilizado pelas muitas diferenças existentes entre os indivíduos. Após, evolui-se para o conceito de igualdade formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei, não sendo admitidas distinções de qualquer natureza.[19]

Entende o autor acima citado que o problema de estabelecer-se o real significado do princípio da igualdade está em identificar quem são os iguais e quem são os desiguais que seriam submetidos ao tratamento isonômico da lei.

---

[15] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. (Org.) **Vade Mecum**. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 7.
[16] GASPARINI, 2004, p. 20.
[17] MELO, 2003, p. 73.
[18] BOBBIO, Norberto. Studi per uma teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970. p. 25 apud FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.
[19] SPITZCOVSKY, 2004, p. 171.

Para que a escolha do fator discriminatório pelo Poder Público não seja revelada inconstitucional, é preciso que seja comprovada a compatibilidade com o cargo oferecido.[20]

Portanto, utilizando-se do pensamento de Adilson Abreu Dallari, constata-se que a constitucionalidade de um requisito de participação somente poderá ser aceita "em razão de sua pertinência ou não com as funções que deverão ser exercidas pelo futuro ocupante do cargo."[21]

3.4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade é entendido como a obrigação de manter no Poder Público uma relação neutra com os seus administrados, impondo-se apenas discriminações que sejam justificadas em razão do interesse público, sendo vedadas as discriminações reveladas gratuitas.[22]

Também é chamado de princípio da finalidade, conforme afirma Hely Lopes Meirelles:

> O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal.*[23]

Por este princípio, firma-se novamente a idéia de que ao administrador cabe apenas executar os atos administrativos, realizados pela vontade estatal e não pela vontade particular.[24]

Para Diógenes Gasparini, com o princípio da impessoalidade "quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação."[25]

Caracteriza-se tal princípio, segundo entendimento de Lúcia Vale Figueiredo, "na atividade administrativa, pela valorização objetiva dos interesses públicos e privados

---

[20] SPITZCOVSKY, 2004, p. 173.
[21] DALLARI In. MOTTA, 2007, p. 97.
[22] SPITZCOVSKY, op. cit., 2004, p. 99.
[23] MEIRELLES, 1999, p. 85.
[24] MORAES, 2006, p. 304.
[25] GASPARINI, 2004, p. 9.

envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”[26]

Sendo assim, qualquer ato do administrador que vise o favorecimento de determinadas pessoas durante a realização do concurso público constitui flagrante violação ao princípio da impessoalidade.

3.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Pode, o princípio da publicidade, ser entendido como o dever de transparência de todos os atos praticados pela Administração, em razão da natureza dos interesses tutelados pelo Poder Público que visam, precipuamente, o bem da coletividade.[27]

O princípio da publicidade, segundo Maia Barbosa Maia, constitui um “pressuposto lógico para a eficácia e a efetividade dos demais princípios e regras jurídicas.”[28]

No pensamento de Hely Lopes Meirelles:

> A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os irregulares a dispensam para sua exiq6uidade, quando a lei ou regulamento a exige.[29]

Em pensamento doutrinário, Fabrício Motta expressa que este princípio caracteriza um direito fundamental do cidadão:

> O princípio da publicidade administrativa caracteriza-se como direito fundamental do cidadão, indissociável do princípio democrático, possuindo um substrato positivo (o dever estatal de propiciar o livre acesso à informação, como condição necessária ao conhecimento, participação e ao controle da Administração) e outro negativo (salvo no que afete à segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, as ações administrativas não podem desenvolver-se em segredo).[30]

Previsto no art. 5º da CF, XIV e XXXIII, tem-se como injustificável qualquer tentativa do Poder Público de manter o sigilo dos atos e decisões realizados no decorrer do

---

[26] FIGUEIREDO, 2006, p. 63.
[27] SPITZCOVSKY, 2004, p. 133.
[28] MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.
[29] MEIRELLES, 1999, p. 87.
[30] MOTTA In. MOTTA, 2007, p. 152.

concurso público. Sendo assim, é inadmissível a realização de qualquer etapa do concurso de forma sigilosa.[31]

> Art 5º [...]
> XIV - assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.
> XXXIII - todos têm direito receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.[32]

A violação a este princípio gera graves conseqüências, fato este que levou o legislador a considerar tal conduta como ato de improbidade administrativa, por força da previsão legal contida no art. 11, IV, da Lei 8.429/92.[33]

> Art. 11 - constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e, notadamente:
> [...]
> IV - negar publicidade aos atos oficiais.[34]

Este princípio deverá ser obrigatoriamente observado durante a realização do concurso público, não sendo admitido o sigilo durante as etapas do certame[35], devendo o edital do procedimento ser publicado, em meio oficial, bem como na imprensa.[36]

3.6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE OU PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Na visão de José Afonso da Silva, o princípio da moralidade decorre da moralidade jurídica e não da moralidade comum.[37]

Por este princípio, no entendimento de Alexandre de Moraes, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da legalidade, devendo ele no exercício de sua função pública, respeitar aos princípios éticos de razoabilidade e justiça.[38]

---

[31] SPITZCOVSKY, 2004, p. 134-135.
[32] BRASIL, 2007, p. 9.
[33] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 31.
[34] BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função ma administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. In: PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007, p.1455-1456.
[35] SPITZCOVSKY, 2004, p. 135.
[36] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 31.
[37] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 668.
[38] MORAES, 2006, p. 304.

Constitui a moralidade administrativa a condição para a validade dos atos praticados pela administração pública.[39]

Neste sentido, cita Márcio Barbosa Maia:

> A probidade administrativa consiste no dever de o agente servir à Administração com honestidade e lealdade, sendo-lhe defeso aproveitar-se dos poderes ou das facilidades decorrentes do exercício da função pública para lograr proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.[40]

Além de mencionar a moralidade como princípio da administração, a Constituição Federal criou meios para sancionar seu descumprimento.

> Art. 5º
> [...]
> LXXIII – Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e o ônus da sucumbência.[41]

A prática de atos imorais gera aos responsáveis as punições previstas no art. 37, §4º da CF, segundo qual, "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."[42]

Analisando-se as hipóteses já mencionadas, conclui-se que constitui improbidade administrativa todos os atos que visem frustrar a licitude do concurso público, previsto no art. 11, V, da Lei 8.429/92, que trata da Improbidade Administrativa.[43]

Conforme já citado, a Constituição Federal também estabeleceu meios para sancionar a inobservância do princípio da moralidade, sendo este meio a ação popular, prevista no art. 5º, LXIII. Tal matéria também está disciplinada em lei específica, Lei 4.717/65, que dispõe sobre a Ação Popular.[44]

Desta forma, se o administrador público agir ilicitamente na realização do concurso público, ainda que este ato não lesione ao erário ou não venha a causar enriquecimento ilícito, será o administrador considerado ímprobo.[45]

---

[39] MEIRELLES, 1999, p. 83.
[40] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 33.
[41] BRASIL, 2007, p. 10.
[42] Ibid., p. 22.
[43] SPITZCOVSKY, 2004, p. 142.
[44] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 127.
[45] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 35.

3.7 PRINCÍPIO RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade pode ser traduzido como exigência que possui Administração Pública em basear todos os seus atos em critérios racionais.[46]

Sobre este princípio ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.[47]

É também chamado por Hely Lopes Meirelles como o princípio da proibição em excesso, segundo o qual tem por objetivo "aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão a direitos fundamentais."[48]

Por meio deste princípio, o Judiciário tem licitude para reavaliar os atos administrativos, visando verificar se tais atos encontram-se de acordo com os objetivos a serem alcançados, primando-se pelo interesse público.[49]

O princípio da razoabilidade possui íntima relação com outros princípios que também estão vinculados os atos administrativos. Neste sentido, expressa Celso Spitzcovsky, para quem o princípio ora estudado possui relação com o princípio da igualdade, na medida em que ocorrem discriminações que não se revelam razoáveis com o princípio da impessoalidade, a relação está no fato de impedir que o administrador torne efetivas discriminações gratuitas; possui também relação com o princípio da motivação, que será posteriormente abordado, pois o administrador possui liberdade para estabelecer somente as exigências necessárias para que sejam alcançadas as finalidades públicas específicas.[50]

Pode-se dizer, então, que um ato não é razoável quando este não possui fundamentos para embasá-los ou quando, tais fatos não se relacionem logicamente com o ato praticado.[51]

---

[46] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 36.
[47] MELO, 2003, p. 99.
[48] MEIRELLES, 1999, p. 86.
[49] SPITZCOVSKY, 2004, p. 229.
[50] Ibid., p. 229.
[51] ZANCANER. Weida. O concurso público e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. In. MOTTA, 2007, p. 165.

Baseado em tais ensinamentos, nota-se a relação entre o princípio da razoabilidade e a realização de concursos públicos, que serão analisados mais profundamente no capítulo III. Funciona, este princípio, como um "freio" à discricionariedade administrativa, por meio da aplicação de critérios racionais e pautados na lógica, para a valoração e solução dos problemas administrativos.[52]

3.8 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional nº 19/98 acrescentou ao rol de princípios constitucionais da Administração Pública o princípio da eficiência.[53]

Para Hely Lopes Meirelles, o "princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional."[54]

Entende Alexandre de Moraes que o legislador ao incluir tal princípio no caput do art. 37 da CF, pretendeu assegurar melhoria da qualidade da atividade pública e da prestação de serviços por parte de administração aos seus administrados.

Em ensinamento doutrinário, Celso Spitzcovsky cita que o princípio impõe à Administração um aperfeiçoamento na prestação de serviços e que, com a disposição da obrigatoriedade da realização de concurso público, fica o administrador proibido de realizar contratações conforme sua própria vontade, sendo que só poderá contratar os candidatos melhores classificados no concurso público.[55]

Neste sentido, expõe o referido autor que "os candidatos aprovados em concursos públicos têm o direito adquirido de não serem preteridos por terceiros."

Por fim, entende-se que o legislador pretendeu esclarecer que os atos administrativos deveriam ser dotados de eficiência, porém o esperado, segundo Lúcia Valle Figueiredo, é que "sempre a Administração deveria agir eficazmente". É isso o esperado.

---

[52] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 37.
[53] MORAES, 2006, p. 306.
[54] MEIRELLES, 1999, p. 89.
[55] SPITZCOVSKY, 2004, p. 144.

3.9 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Os atos da administração precisam ser motivados, devendo suas razões serem mencionadas a fim de justificar sua realização, sendo a motivação necessária para todo e qualquer ato administrativo e devendo a motivação ser realizada de forma explícita e clara.[56]

Nos dizeres de Lúcia Valle Figueiredo: "é imprescindível a motivação da atividade administrativa (embora muitos autores se neguem, asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão somente, quando o texto de lei expressamente a previr)."[57]

Tal princípio foi traduzido por Celso Spitzcovsky como "obrigação atribuída ao Poder Público de fundamentar todos os atos que edita, surgindo, inclusive, como seu requisito de validade."[58]

3.10 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

A obrigatoriedade de concurso público é aplicada a todos os casos de investidura em cargo, função ou emprego público, visto que a Constituição assim prevê em seu artigo 37, II. Somente os casos de investidura por promoção, onde se exige o concurso interno para assegurar o princípio da isonomia, constitui exceção a esta regra.[59]

O conteúdo da regra estabelecida no art 37, II da CF é exigível para o provimento originário em cargo ou emprego público específico, caracterizando-se a nomeação, e que segundo Agapito Machado Júnior, "independe de qualquer relação anterior que o eventual candidato à investidura tenha ou haja tido com o serviço público", sendo que nos casos de provimento derivado é admitida a não aplicação do princípio da obrigatoriedade, por dispensa da própria lei.[60]

---

[56] GASPARINI, 2004, p. 22.
[57] FIGUEIREDO, 2006, p. 52.
[58] SPITZCOVSKY, 2004, p. 162.
[59] GASPARINI, op. cit., p. 173.
[60] MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

Ainda neste sentido manifesta-se tal doutrinador:

> Sabe-se, porém, que o próprio constituinte permitiu algumas exceções à regra da obrigatoriedade do concurso público, seja porque adotou a técnica da nomeação ou das eleições já referidas, seja mesmo porque se afastou da regar da sua realização apenas para situações extraordinárias ou em que haja manifesta temporariedade no serviço público, ou seja, não haverá que se falar em obtenção da estabilidade no serviço público em tais casos, a exemplo, nos cargos comissionados, nos exatos limites fixados na lei, que não têm o atributo da perenidade (efetividade).[61]

Portanto, por força do mandamento constitucional, a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia provação em concurso público.[62]

3.11 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

A administração Pública é dotada de certa discricionariedade para elaborar o edital de um concurso público e estabelecer todo o seu conteúdo, bem como escolher os critérios que serão utilizados na avaliação, a forma de aplicação das provas, o peso das disciplinas assim como outras normas que deverão reger o procedimento concorrencial.[63]

Neste sentido, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles é: “a administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos.”[64]

O edital é, nos dizeres de Agapito Machado Júnior, o “veículo que regula o processo seletivo público, tratando de todo o procedimento que vai desde a inscrição até a homologação e nomeação dos aprovados”, sendo assim, todos os atos praticados, tanto pela administração quanto pelos candidatos deverão estar sujeito às regras estabelecidas no edital.[65]

Após estabelecidas, aperfeiçoadas e publicadas, as regras editalícias que regerão o concurso público possuem força obrigatória tanto para o Poder Público quanto para seus administrados.[66] Porém, para que as normas estipuladas nos editais gerem obrigações e

---

[61] MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 16.
[62] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 23.
[63] Ibid., p. 38.
[64] MEIRELLES, 1999, p. 389.
[65] MACHADO JÚNIOR, op. cit., p. 117.
[66] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 38.

direitos, torna-se indispensável sua coerência com a legislação em vigor. Caso o edital viole a lei ou os princípios constitucionais estará, pois, sujeito à nulidade.[67]

3.12 PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

O princípio da competitividade para Márcio Barbosa Maia, constitui um subprincípio que visa assegurar a isonomia nos processos seletivos para provimento de vagas no serviço público de significativa importância, tendo em vista que, sem a garantia da competitividade, o concurso público não atingiria o objetivo de selecionar os melhores candidatos para tornarem-se agentes públicos. Por tal motivo, o estabelecimento de requisitos e exigências desnecessárias à finalidade dos procedimentos concorrenciais comprometem a aplicação do princípio da competitividade.[68]

Seguindo esta linha de raciocínio, o já mencionado autor, alegam que o princípio da competitividade "não se compadece" com as condições e exigências que são impostas aos candidatos que participam do concurso público, impondo a estes "um sacrifício desproporcional e passível de causar forte desinteresse na inscrição do certame."[69]

3.13 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE

Os concursos públicos, segundo Hely Lopes Meirelles, "não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada..."[70]

Entende Márcio Barbosa Maia que o concurso público por ter a característica de um procedimento especial, dotado de "magnitude dos interesses em jogo e a dimensão social de seu objeto", não estão sujeitos ao informalismo.[71]

---

[67] MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 117.
[68] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 27.
[69] Ibid., p. 28.
[70] MEIRELLES, 1999, p. 388.
[71] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 29.

Para ele, as formalidades a que estão sujeitos os procedimentos concorrenciais devem visar atender a uma finalidade jurídica relevante.[72]

Por ser dotado de relevância, expressam ainda sobre o tema os referidos doutrinadores:

A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas no concurso público constitui um dos métodos que devem ser aplicados pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário no intuito de se evitar a decretação de nulidade de certames findos ou em estágio avançado de realização, cujo vício de ilegalidade verificado não é suscetível de comprometer o seu caráter competitivo e os princípios da moralidade e da impessoalidade, evitando-se, destarte, uma grave injustiça social e um manifesto inconveniente para o interesse público e para a coletividade.[73]

3.14 PRINCÍPIO PROIBITIVO DA QUEBRA DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO

Em razão das características de competitividade e seletividade que possui o concurso público já estudadas em tópico específico, ao final de todas as etapas do concurso público será elaborada uma lista com a relação final dos candidatos aprovados. Neste momento surge o princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação.[74]

Segundo Márcio Barbosa Maia, este princípio é contemplado pela Constituição Federal que o expressa no texto do artigo 93, I e 129, § 3º e que devem ser estendidos a todos os concursos.[75]

> Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
> 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.* (grifo nosso).[76]

Para regrar tal princípio, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 15: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da ordem de classificação.”[77]

---

[72] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 30.
[73] Ibid., p. 30.
[74] Ibid., p. 40.
[75] Ibid., p. 40.
[76] BRASIL, 2007, p. 35.
[77] Ibid., p. 1683.

3.15 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

O concurso público, conforme já citado em passagem anterior, tem por objetivo selecionar as pessoas que possuam a qualificação necessária para exercerem as atividades do serviço público. Entretanto, para alcançar este objetivo, faz-se necessária a presença de muitos elementos e de certo critério de discriminação, estipulados previamente.[78]

Doutrinariamente, Márcio Barbosa Maia entende que este princípio possui relação com outros, tais como o princípio da razoabilidade: "escolha adequada e compatível com a finalidade pública colimada pela Administração no contexto da realização do certame."[79]

Por tal motivo, expressa ainda, o referido autor, que é inconcebível a ausência de compatibilidade entre o conteúdo das avaliações executadas durante o concurso público e a natureza do cargo a ser preenchido; e alegam que a aplicação do princípio em análise propicia à administração uma escolha "criteriosa, adequada e justa dos agentes públicos que irão compor a estrutura estatal."[80]

3.16 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição está vinculado à garantia de recurso administrativo em matéria de concursos. Para Hely Lopes Meirelles, "os recursos administrativos são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrador ou servidor atingido por qualquer ato da Administração."[81]

O referido autor ainda conceitua os recursos administrativos como sendo "os meios hábeis a propiciar o reexame de decisão interna da própria Administração."[82]

Conforme entende Celso Antônio Bandeira de Mello, o direito de recorrer administrativamente não pode vir a ser recusado, tendo em vista estar este inerente ao princípio da ampla defesa, assegurado no art, 5º, LV, da CF, que assegura que "aos litigantes

---

[78] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 32.
[79] Ibid., p. 32.
[80] Ibid., p. 33.
[81] MEIRELLES, 1999, p. 605.
[82] Ibid., p. 604.

de processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."[83]

Diante de tais ensinamentos, fica claro que constitui o recurso administrativo e, portanto o princípio do duplo grau de jurisdição, um direito subjetivo dos candidatos do concurso público, que possui fundamentação constitucional, sendo vedado à Administração negar ou obstruir tal direito.[84]

Conhecido o concurso público e suas formalidades e identificados os princípios aplicáveis a este procedimento da Administração, que visa selecionar os agentes públicos, passa-se então à análise da constitucionalidade das limitações dos editais de concursos públicos.

[83] MELO, 2003, p. 137.
[84] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 141.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Conforme já salientado, o concurso público é o meio constitucional utilizado pela Administração para garantir o acesso dos cidadãos aos cargos e empregos públicos, preservando-se os princípios constitucionais, que devem ser observados durante todas as etapas deste procedimento.

Buscando selecionar os melhores candidatos para ocuparem aos cargos públicos, a Administração impõe uma série de requisitos a serem preenchidos pelos candidatos durante a realização do concurso público. Ocorre, porém, que muitos candidatos sentem-se lesados e discriminados mediante a imposição destes critérios diferenciadores e recorrem ao judiciário para fazer valer seus direitos.

Cumpre analisar, a seguir, se a Administração possui amparo legal para efetivar estes critérios discriminatórios e, até que ponto, o interesse particular do candidato sobrepõe-se ao interesse social, tutelado pela Administração pública.

4.1 IMPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS DIFERENCIADORES NOS EDITAIS E SEU AMPARO LEGAL

Para que o Direito Administrativo possa ser compreendido, é necessário conhecer as regras que compõe seu regime jurídico, sendo que o Poder Público deve se ater aos interesses da Administração, que vão de encontro aos interesses da atividade particular.[1]

Todos os atos da Administração devem estar pautados no interesse da coletividade, sendo que, desta atuação, decorrem direitos e prerrogativas, como também, obrigações que são atribuídas ao Poder Público em razão do interesse público representado pela Administração.[2]

Diante das dificuldades encontradas no atual mercado de trabalho, do crescente número de desempregados e da ausência de estabilidade na iniciativa privada, é cada vez

[1] SPITZCOVSKY, Celso. **Concursos públicos**: limitações constitucionais para os editais. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 15.
[2] Ibid., p. 16.

maior a busca por uma vaga no serviço público, que além de salários mais atrativos, oferece ainda, estabilidade.

Este aspecto, de certo modo, justifica a ansiosa espera pela publicação de editais de concursos públicos e o grande número de inscritos para estes processos seletivos. Podemos citar como exemplo, o concurso realizado pela Caixa Econômica Federal, em 2008, para provimento das vagas do cargo de técnico bancário, com salário oferecido de R$ 1.244,00, que teve 767 mil inscritos.[3]

Porém, muitos destes certames, em razão da má edição de seus editais, acabam gerando longas disputas judiciais entre os candidatos e a Administração. Para Dirso Anderle, tal fato ocorre "pela ausência de regulamentação mais eficaz e ainda pelo desrespeito aos princípios constitucionais."[4]

A Carta Magna estabelece no art 7º, XXX, a proibição da utilização de critérios de admissão baseados em fatores de discriminação, *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 salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;[5]

Nota-se, que tal dispositivo refere-se ao princípio da isonomia, buscando o constituinte assegurar a igualdade de condições a todos.

Entretanto, conforme já abordado em tópico específico no capítulo anterior, a igualdade a que se refere a tal dispositivo constitucional não é absoluta, trata-se da igualdade formal aonde a generalidade da norma conduz à isonomia.[6]

A CF estabeleceu no art. 37, I, que os cargos e empregos públicos são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

No mesmo artigo, no inciso II, a CF disciplina o modo de acesso aos cargos e empregos públicos, que dar-se-á por meio de concurso público, de provas ou de provas e de títulos, de acordo com a natureza do cargo, na forma prevista em lei, buscando com isso

---

[3] CONCURSO para a Caixa Econômica Federal tem quase 800 mil inscritos. Disponível em: <http://www.concursos2008.com/index.php/2008/06/09/concurso-caixa-economica-federal-tecnico-bancario-inscritos/. Acesso em: 13 out. 2008.

[4] ANDERLEI, Dirso. Concurso público: princípios aplicáveis. **Revista do TCE**, Florianópolis, n. 1, p. 99-107, fev. 2003.

[5] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. (Org,) **Vade Mecum**. 4. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 12.

[6] BOBBIO, Norberto. Studi per uma teoria generale del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970, p. 25. apud FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

garantir a todos, de forma igualitária, o direito de acesso aos cargos ou empregos públicos, de modo a evitar a concessão de privilégios a um ou outro candidato.[7]

Tal preceito constitui o princípio da obrigatoriedade, ao qual está vinculada a Administração. Desta maneira, não se admite o preenchimento das vagas dos cargos públicos sem a prévia aprovação em concurso público, sendo permitidas apenas as exceções estabelecidas na CF. Entre tais exceções, pode-se o acesso aos cargos em comissão-posto de livre nomeação e as contratações em caráter temporário, para atender a situações de excepcional interesse público, conforme previsto na CF. art. 37, IX.[8]

O administrador, portanto, ao contrário da iniciativa privada não poderá escolher aleatoriamente aqueles que irão ocupar os cargos ou empregos públicos, sendo que sua escolha estará limitada àqueles candidatos aprovados no concurso público.

O artigo 37, I e II da CF, ao estipular que a lei estabelecerá os requisitos a serem preenchidos para o ingresso no serviço público, cria a possibilidade de diversos questionamentos quanto aos critérios de seleção apresentados nos editais dos concursos públicos.

A CF, no art 39, § 3º, dispõe que somente a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. Porém, muitos dos editais de concursos públicos têm desconsiderado este mandamento constitucional, bem como os princípios a que estão vinculados os concursos públicos.

> 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 o exigir.[9]

Sobre o tema, lembra Celso Spitzcowsky, que as exigências a serem formuladas para os candidatos, só terão validade se previstas em lei, conclusão que pode ser extraída da própria CF, onde constitui direito fundamental, disposto no art. 5º, XIII, segundo o qual **é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão**, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.[10]

É sabido que o edital constitui ato infralegal, não sendo ele o meio correto para estabelecer novos requisitos de admissão, não previstos em lei. E ainda que exista lei anterior

---

[7] BRASIL, 2007, p. 22.
[8] SPITZCOVSKY, 2004, p. 17.
[9] BRASIL, op. cit., p. 23.
[10] SPITZCOVSKY, op. cit., p. 70.

disciplinando a carreira, faz-se necessário a concordância destas exigências com os princípios constitucionais.[11]

Frente a todos estes aspectos, passa-se à análise das exigências e limitações presentes nos editais de concursos públicos.

4.2 TESTE DE APTIDÃO FÍSICA

Muitos certames incluem a realização de testes de aptidão física como uma de suas fases. Essa imposição implica em vários questionamentos ao judiciário a acerca da legalidade e constitucionalidade desta espécie de avaliação.

Celso Spitzcowsky entende que a prova de avaliação física poderá ser realizada durante o concurso público se possuir amparo legal e se a exigência for compatível com a natureza do cargo a ser preenchido[12], isto porque a CF deixou a critério do legislador a criação de requisitos diferenciadores em lei específica, conforme citado no art. 39, § 3º: "podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir."[13]

O teste de aptidão física terá sua legitimidade comprovada "para a apuração da eficiência dos candidatos tão somente se houver uma compatibilidade com a natureza e a complexidade dos cargos colocados em disputa, bem como anterior previsão em lei."[14]

Neste sentido, apresenta-se a jurisprudência do Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que este tipo de avaliação pode ocorrer somente com a expressa previsão na lei que deu origem ao cargo. Expressam ainda, que "o edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu."

Tal entendimento é extraído da decisão do STJ, que declarou ilegal o teste físico realizado durante o concurso público da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.
> 1. O início do curso de formação não implica perda do objeto da demanda na qual o candidato busca a anulação do ato que o excluiu do certame.

[11] SPITZCOVSKY, 2004, p. 29.
[12] Ibid., p. 80.
[13] BRASIL, 2007, p. 23
[14] SPITZCOVSKY, op. cit., p. 80.

> 2. O edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu. Ou seja, somente pode haver exigência de teste de capacidade física se houver previsão na lei que criou o cargo. Precedentes do STF e do STJ. 3. Hipótese em que não há previsão na Lei Estadual 6.843/86 (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina) para o teste de aptidão física a que foi submetida a recorrente, pelo que descabida sua exigência. 4. Recurso ordinário provido.[15]

Essa decisão foi orientada pelo voto proferido pelo ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do referido processo que concluiu que, diante da ausência de previsão legal, torna-se descabido a realização de teste de avaliação física.

> [...]
> Sobre o tema, é firme a jurisprudência, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu. Ou seja, somente pode haver exigência de teste de capacidade física se houver previsão na lei que criou o cargo. Nesse sentido:
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. O edital do concurso não pode limitar o que a lei não restringiu. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RE 398.567/SE, Rel. Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJ 21/2/06)
> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CAPACIDADE FÍSICA. PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA. LEGALIDADE.
> I – Previsão legal de que a capacidade física é requisito para o provimento de cargos de delegados de polícia civil, o que viabiliza a norma do edital que estabeleceu o meio para atestar tal condicionamento. II - Aprovação condicionada à capacidade física para o exercício do cargo de delegado de polícia, a ser avaliada por meio de prova descrito no edital do concurso. *In casu*, este requisito não foi atendido. V - Recurso ordinário desprovido. (RMS 18.854/PB, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 20/2/06)
> [...].[16]

A propósito do tema, confira-se a seguinte decisão do STF:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO OITO DIAS ANTES. NOVA DATA. DESIGNAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal a quo sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do prequestionamento, ainda que persista a omissão. 2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado.[17]

---

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança nº 23.111/SC**. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602469183&dt_publicacao=20/10/2008 >. Acesso em: 13 out. 2008.

[16] Ibid.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 376.607-4/DF**. Relator Min. Eros Grau, 28 de março de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 out. 2008.

Esta decisão foi orientada pelo voto do relator Ministro Eros Grau, que concluiu que uma deficiência física transitória não bastaria para eliminar o candidato do certame e que, devido às circunstâncias especiais do caso, não haveria violação ao princípio da isonomia.

> [...]
> No mérito também não assiste razão às argumentações do agravante. Na data designada para realização do exame de aptidão física, a ora agravada ainda recuperava-se do parto realizado à oito dias. Daí o fato de encontrar-se plenamente impossibilitada de participar dessa fase do certame naquele momento.
> [...]
> Ademais, a agravada não pretende eximir-se da realização do exame, apenas requer a designação de nova data para que possa participar dele, após o período de licença-maternidade.[18]

Em sentido contrário, manifestou-se o STF, em decisão que negou ao candidato submetido ao exame de aptidão física para o cargo de escrivão de polícia do Estado do Rio Grande do Norte, acometido de lesão temporária, ocorrida durante a realização da referida prova, o direito de realizar o teste em nova data, cassando a segurança concedida em instância inferior.

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ISONOMIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. LESÃO TEMPORÁRIA. NOVA DATA PARA O TESTE. INADMISSIBILIDADE. 1. Mandado de segurança impetrado para que candidata acometida de lesão muscular durante o teste de corrida pudesse realizar as demais provas físicas em outra data. Pretensão deferida com fundamento no princípio da isonomia. 2. Decisão que, na prática, conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Benefício não estendido aos demais candidatos. Criação de situação anti-isonômica. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.[19]

O voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie expressa-se no sentido de que a permissão para realizar o novo teste de aptidão física viola não somente o princípio da igualdade, como também o princípio da impessoalidade. Confira-se:

> [...]
> Na realidade, ao acolher a pretensão da recorrida, a Corte de origem conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Por isso, longe de dar efetividade ao princípio ora em discussão, ofendeu ao princípio da impessoalidade, com a criação de um benefício não estendido aos demais candidatos.
> É certo que o princípio da isonomia pressupõe a criação de distinções entre pessoas que estejam em situações diversas, contudo esta discriminação precisa basear-se em pressupostos genéricos e impessoais. O afastamento da disposição editalícia ora em

[18] BRASIL, loc. cit.
[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 351142/ RN**. Relatora Min Ellen Gracie, 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 out. 2008.

> debate premiou a impetrante em detrimento dos demais candidatos que não lograram êxito.[20]

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue este posicionamento:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FORMAÇÃO DE SOLDADO AO QUADRO COMBATENTE DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. PROVA DE CAPACIDADE FÍSICA. PREVISÃO LEGAL. REPROVAÇÃO. CANDIDATO ACOMETIDO DE MAL ESTAR. IMPOSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DAS PROVAS EM OUTRA DATA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A aplicação do exame de capacidade física para ingresso na carreira policial-militar tem previsão legal (art. 11, da lei 6.218/83) e, como tal, é intuitivo que tenha natureza eliminatória, segundo contempla o edital do concurso público. 2. O candidato que, no transcorrer das provas de capacidade física, é acometido de mal estar (acesso de náuseas e vômitos) não tem o direito de repetir ou completar os testes em outra data. Liberalidade dessa ordem implica quebra do princípio da isonomia, aquinhoando o candidato com tratamento diferenciado em confronto com os demais candidatos que se submeteram aos mesmos testes, enfrentando as mesmas condições de temperatura, adaptação ao local, metodologia dos instrutores ou examinadores, desgaste físico e pressão psicológica.[21]

Interessante destacar, ainda sobre o exame de avaliação física, o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da imposição de critérios diferenciados de tratamento durante o teste físico:

> EMENTA: CONCURSO PÚBLICO - CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO DO QUADRO COMBATENTE DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA - EXAME DE AVALIAÇÃO FÍSICA - CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA CANDIDATOS INTEGRANTES DA CORPORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - LESÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Considerando que a finalidade precípua da norma constitucional que determina a realização de concurso público para o ingresso nos quadros funcionais da Administração Pública em geral é, justamente, prestigiar o princípio da isonomia, é flagrantemente ilegal a exigência de Edital de concurso que estabeleça critérios diferenciados para a avaliação dos candidatos em razão de suas características subjetivas.[22]

O Relator do processo, desembargador Nicanor Calirio da Silveira, defende a impossibilidade da concessão de vantagens ou privilégios a determinadas pessoas ou servidores, devido à criação da desigualdade entre os concorrentes.

---

[20] BRASIL, loc. cit.

[21] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Mandado de segurança nº 2006.000011-8.** Relator Des. Nilton Janke, 14 de junho de 2006. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAIQGAATAAAN40ABH&qTodas=2006.000011-8.+&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>. Acesso em: 13 out. 2008.

[22] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de Segurança nº 2004.016207-3.** Relator Des. Nicanor Calirio da Silveira, 8 de junho de 2005. Disponível em:<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=2004.016207-3&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAQRpAAX>. Acesso em: 13 out. 2008.

> Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de ver reconhecida a ilegalidade da decisão administrativa que desclassificou candidato de concurso público destinado ao preenchimento do cargo de sargento da Polícia Militar de Santa Catarina, em face de ter a mesma sido fundamentada em critérios discriminatórios.
> [...]
> Discorrendo acerca dos concursos públicos, leciona Hely Lopes Meirelles:
> 'Desde que o concurso visa a selecionar os candidatos mais capazes, é inadmissível e tem sido julgada inconstitucional a concessão inicial de vantagens ou privilégios a determinadas pessoas ou categorias de servidores, porque isto cria desigualdade entre os concorrentes'.
> [...]
> Assim, considerando que a finalidade precípua da norma constitucional que determina a realização de concurso público para o ingresso nos quadros funcionais da Administração Pública em geral é, justamente, prestigiar o princípio da isonomia, é flagrantemente ilegal a exigência de Edital de concurso que estabeleça critérios diferenciados para a avaliação dos candidatos em razão de suas características subjetivas.[23]

O STJ demonstrou posicionamento no mesmo sentido:

> Recurso em mandado de segurança. concurso publico. Edital. Diferenciação de pontos, na fase classificatoria, para os candidatos ja servidores da sef. principio da isonomia ferido. - os candidatos-impetrantes, que foram aprovados na fase eliminatoria, detem interesse de agir. 1- o mandado de segurança foi impetrado dentro do prazo decadencial, que iniciou com a efetiva ofensa ao subjetivo. 2- o indigitado subitem do edital, de carater discriminatorio, feriu o principio da isonomia, uma vez que concede pontos diferenciados para dois tipos de categorias de candidatos aprovados e ja servidores da sef, em gritante vantagem em relação aos candidatos não-servidores. 3- recurso que se conhece e a que se da provimento, em relação aos impetrantes aprovados na 1a. fase.[24]

Acompanhando-se os julgados dos tribunais, conclui-se que o teste de aptidão física demonstra-se dotado de legalidade quando mantêm seu caráter eliminatório, observados os preceitos legais. Desta forma, para sua realização é preciso que a lei do cargo preveja expressamente este tipo de avaliação como etapa do concurso público para provimento do cargo em carreira específica.

Além disso, o requisito 'capacidade física' deve estar dotado de razoabilidade e proporcionalidade com relação à natureza do cargo a ser preenchido. Observados estes requisitos torna-se, então, constitucional a exigência do teste de avaliação física nos concursos públicos.

---

[23] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de segurança nº 2004.016207-3.** Relator Des. Nicanor Calirio da Silveira, 8 de junho de 2005. Disponível em:<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=2004.016207-3&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAQRpAAX>. Acesso em: 13 out. 2008.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 7940/MG**. Relator Min. José Arnaldo, 4 de março de 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600759928&data=14/04/1997>. Acesso em: 13 out. 2008.

4.3 CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

A dignidade da pessoa humana consiste em um dos maiores fundamentos da República Federativa do Brasil, compreendida como a oferta de oportunidades pelo Estado que tenham por fim o desenvolvimento do ser humano, na medida de suas potencialidades e limitações de cada cidadão.[25]

As pessoas portadoras de necessidades especiais ou portadores de deficiência possuem dificuldades adicionais que refletem em sua vida, seja esta individual ou social. Atos que para a maioria das pessoas são vistos como comuns, para os portadores de deficiência demandam certo esforço, por vezes, atos de superação.[26]

Buscando efetivar os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, a CF prescreveu uma série de direitos para os portadores de necessidades especiais, visando assegurar instrumentos para a inclusão social destes cidadãos.

Neste sentido, estabeleceu também a CF, em seu art. 37, VIII: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão."[27]

Conforme explícito no artigo constitucional, acima citado, ficou a cargo da lei dispor sobre os critérios de admissão dos deficientes físicos nos quadros da Administração Pública.

O decreto 3.298/99, baixado para regular a Lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, estabeleceu em seu art. 37 que fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, tendo direito a igualdade de condições com os demais candidatos para os cargos compatíveis com a deficiência apresentada. Estabelece ainda a reserva de no mínimo 5% das vagas para os deficientes físicos.[28]

Por sua vez a Lei 8.112/90 que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, em seu art. 5º, § 2º, estabelece que até 20 % das vagas dos concursos públicos deveriam ser destinadas aos portadores de deficiência.

---

[25] MOTTA, Fabrício. A reserva de vagas nos concursos públicos para os portadores de deficiência – análise do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal. MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 184.

[26] MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 216.

[27] BRASIL, 2007, p. 22.

[28] MAIA; QUEIROZ, op. cit., p. 217-218.

Com isto, buscou o legislador reduzir as desigualdades que a própria natureza impôs ao portador de necessidade especial, dando ao princípio da isonomia um caráter formal.[29]

Seguindo este entendimento, o objetivo da constituição foi evitar a ocorrência de discriminações para com os portadores de deficiência, que apesar de suas limitações poderiam exercer várias atividades no mercado de trabalho. Neste sentido, importante citar novamente o princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III da CF)[30] e o princípio do valor social do trabalho (art 1º IV, CF).[31]

O constituinte, ainda vedou, no art. 7º, XXXI, qualquer discriminação ao portador de deficiência no tocante ao salário e critérios de admissão.

Entre os diversos casos envolvendo portadores de necessidades especiais e sua participação nos concursos públicos, é interessante destacar a questão dos portadores de deficiência visual.

Em 2005, um advogado, portador de deficiência visual completa, teve sua inscrição indeferida no concurso para juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.[32] Em 1999, uma candidata cega também teve sua inscrição indeferida para o concurso da magistratura e, à época, ficou escrito que a deficiência que a candidata apresentava indicava incapacidade absoluta com o exercício da magistratura.[33]

O Procurador da República Ricardo Tadeu Marques da Fonseca é o único membro do Ministério Público no país, com deficiência visual completa e exerce a função há mais de quinze anos. Realizou tal concurso após ter sido reprovado no exame médico para o cargo de juiz.[34]

Acerca do tema, cumpre registrar a decisão proferida pelo STJ em recurso ordinário interposto contra decisão que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado

---

[29] MOTTA, 2007, p. 188.

[30] Art 1º da CF: A República Federativa do Brasil, formada epla União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana.

[31] Art 1º, IV CF:
[...]
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

[32] FREIRE, Silvia. **Cego é barrado em concurso para juiz federal**. Disponível em: <http://www.prt7.mpt.gov.br/mpt_na_midia/2005/julho/29_07_05_FOLHA_cego_barrado_concurso_federal.htmacesso>. Acesso em: 27 out. 2008.

[33] 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 - Dir. Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, p. 8095-8104, nov. 2006.

[34] AMIGOS METROVIÁRIOS DOS EXCEPCIONAIS. **O ser humano pode ter limitações mas não tem limites**. <http://www.ame-sp.org.br/noticias/entrevista/teentrevista01.shtml>. Acesso em: 27 out. 2008.

por uma candidata portadora de deficiência visual, inscrita no concurso público para o cargo de auxiliar técnico para o quadro de servidores do Ministério Público do Estado do Paraná:

> RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL - DEFICIÊNCIA VISUAL - RESERVA DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - PRETERIÇÃO DO CANDIDATO EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO FÍSICA - INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO.
> 1. Reconhece-se como discriminação legal em concurso público a chamada reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais, prevista no art. 37, inciso VIII, CR⁄88; no art. 2º, inciso III, alínea ”d”, da Lei nº 7.853⁄89; no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90, e no art. 37 do Decreto nº 3.298⁄99.
> 2. Se a lei e o edital previram a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais e se a autoridade coatora aceitou a inscrição e submeteu a candidata a exames objetivos, não há motivo para não nomeá-la, pela simples alegação de sua limitação total da visão.
> 3. O serviço público deve ser tecnologicamente aparelhado para o desempenho de atividades por agentes portadores de necessidades especiais, para atender ao princípio da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos.
> 4. Recurso provido.[35]

O Relator do processo, Ministro Paulo Medina, em seu voto, expõe que a igualdade exigida nos concursos públicos deve ser analisada pelo ponto de vista material, pois segundo ele, quando a lei trata a todos de forma isonômica é porque distingue-se efetivamente, em razão de raça, sexo, cultura. Por tal motivo, torna-se de suma importância reconhecer estas diferenças e valer-se de um tratamento diferenciado, a seu ver, a única forma de realizar a verdadeira justiça.[36]

Quanto ao percentual de vagas destinadas aos portadores de deficiência, surgem controvérsias sobre a convocação destes candidatos e dos demais que não apresentam qualquer deficiência. O art. 42 do Decreto 3.298/99 determina que o resultado final do concurso deva ser divulgado em duas listas: uma geral e outra especial. A primeira conterá a classificação final de todos os candidatos aprovados; e a segunda, somente a classificação dos candidatos portadores de necessidades especiais.[37]

No entendimento doutrinário de Maia Barbosa Maia, para a nomeação ou contratação dos aprovados devem ser chamados alternada e proporcionalmente os candidatos das duas listas.[38]

---

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança Nº 18.401 /PR**. Relator Min. Paulo Medina, 07 de abril de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400777452&dt_publicacao=02/05/2006>. Acesso em: 13 out. 2008.
[36] BRASIL, op. cit.
[37] MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 220.
[38] Ibid., p. 220.

Cumpre registrar entendimento do STJ sobre tal questão:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROCURADOR FEDERAL. EDITAL CESPE/UnB 1/2005. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. CRITÉRIOS ADOTADOS NO EDITAL. NÃO-IMPUGNAÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. LISTA GERAL DE CANDIDATOS APROVADOS E CLASSIFICADOS. INOBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL FIXADO. ART. 37, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, § 2º, DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.[39]

Posiciona-se o STJ, no sentido de que, no caso do não preenchimento de todas as vagas destinadas aos portadores de deficiência pelos candidatos, devem ser chamados os demais candidatos que se enquadrem na mesma condição, ainda que não tenham obtido a classificação estipulada pelo edital do concurso. Ilustrando tal entendimento, extrai-se o seguinte trecho do acórdão acima citado:

> Desse modo, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com média inferior aos demais, deveriam, para dar efetividade à norma constitucional, posicionar-se dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.
> 8. Segurança concedida em parte para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 e 270, respectivamente, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do certame em tela.[40]

Ainda sobre o tema:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO.DEFIENTE FÍSICO. ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 5°, § 2°, DA LEI N° 8.112/90. RESER VA DE VAGAS. OBRIGATORIEDADE. A inércia do administrador público em não reservar percentual de vagas destinadas a deficiente físico, providência determinada pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal e regulamentado pelo artigo 5°, § 2°, da Lei n° 8.112/90, não pode obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado aos candidatos de concurso portadores de deficiência. Recurso não conhecido.[41]

---

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 11.983/DF**. Relator Min. Arnaldo Esteves de Lima, 22 de outubro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601364091&dt_publicacao=09/05/2008>. Acesso em: 15 out. 2008.

[40] Ibid.

[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 331.688/RS. Relator Min. Paulo Gallotti, DF, 20 de março de 20083. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100938430&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 15 out. 2008.

O STF mantém esta linha de pensamento, acompanhando o entendimento do STJ:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.[42]

Os posicionamentos jurisprudenciais, ora analisados, partem do pressuposto de que a igualdade exigida nos concursos públicos refere-se à igualdade material. Demonstram que, para que os portadores de deficiência tenham direito de participar de concursos públicos, faz-se necessária à compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência da qual o candidato é possuidor, justificando-se tal fato pela supremacia do interesse social. Além disto, o serviço público deve adequar-se tecnologicamente para tender aos seus agentes portadores de necessidades especiais.

4.4 EXAME PSICOTÉCNICO

A realização do exame de avaliação psicológica, como uma das etapas de alguns concursos públicos, também tem gerado um grande número de questionamentos na esfera judicial.

Para Adilson de Abreu Dallari "o problema está no caráter marcadamente subjetivo e episódico da avaliação psicotécnica." Além disso, tal exame vem a revelar uma condição pessoal dos candidatos avaliados, tendo o condão apenas de declarar os candidatos aptos ou inaptos, não servindo como critério para disputa, que segundo ele, é uma forte característica dos concursos públicos.[43]

Sobre o tema, Celso Antonio Bandeira de Mello expõe que exame psicotécnico viola a razão de ser dos princípios da acessibilidade e do concurso público, pela "adoção de

---

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário. nº 227299/MG.** Relator Min. Ilmar Galvão, 14 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 out. 2008.

[43] DALLARI In. MOTTA, 2007, p. 142.

um ‘perfil psicológico’ em que se devam encaixar os candidatos”, sob pena de exclusão do processo seletivo.[44]

A respeito da avaliação psicológica, a jurisprudência vem manifestando-se pacificamente, no sentido de que tal exame deve ser previsto em lei e que sua realização deve ter caráter objetivo.

Deste posicionamento adveio a Súmula nº 686 do Supremo Tribunal Federal: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”[45]

Tal posicionamento foi bem examinado pelo STF no aresto a seguir transcrito:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME PSICOTÉCNICO EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO A CARGOS PÚBLICOS. I - Somente por lei se pode sujeitar candidato a exame psicotécnico para habilitação a cargo público. Incidência da Súmula 686 do STF. II - Agravo regimental improvido.[46]

Ainda neste sentido, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conforme segue:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO. LEGALIDADE. PREVISÃO LEGAL. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PODER DE REVISÃO. RECURSO DESPROVIDO.1.O exame psicotécnico tem sua legalidade subordinada a três pressupostos necessários: sua previsão legal; a cientificidade dos critérios adotados, (de modo a afastar a possibilidade teórica do arbítrio); e o poder de revisão, (para o fim de evitar qualquer forma de subjetivismo que viole o princípio da impessoalidade na Administração).2.Esse entendimento tem contado com o beneplácito da jurisprudência desta Corte, que admite a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso. 3.Os requisitos de objetividade, publicidade e recorribilidade foram devidamente respeitados pelo certame, e atendidos pela Comissão Organizadora, o que atesta a legalidade do referido exame.4.Agravo Regimental desprovido.[47]

---

[44] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime jurídico dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 59.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 668**. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 29 out. 2008.

[46] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 636384/DF**. Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 21 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=636384&base=baseAcordaos >. Acesso em: 15 out. 2008.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso em mandado de segurança nº 25571/MS.** Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 26 de junho de 2008. Disponivel em:

Conforme bem lembrado neste julgamento, para a realização do exame psicotécnico, devem ser observados os seguintes pontos relevantes: a previsão legal, a objetividade dos critérios avaliativos, dotados de publicidade e, ainda, o poder de revisão.

Neste sentido, manifestou-s o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - IMPUGNAÇÃO AO EXAME PSICOTÉCNICO EM RAZÃO DE ALEGADA SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ESPOSADOS - MODALIDADE DE PROVA ADMITIDA EM LEI - REALIZAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS ESTREITOS LIMITES DA LEGALIDADE E FINALIDADE PÚBLICAS - RECURSO IMPROVIDO – "O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito" (Hely Lopes Meirelles).[48]

Quanto à subjetividade deste método de avaliação, conforme já citado, a jurisprudência se expressa no sentido de que devem ser adotados critérios objetivos. Tal posicionamento pode ser ilustrado pelo trecho extraído de decisão proferida pelo STJ:

> O entendimento deste Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que seja possível se exigir, como requisito para a investidura em determinados cargos públicos, a aprovação do candidato em exame psicotécnico, no entanto, é necessário, além da previsão em lei, que a avaliação se dê mediante critérios cientificamente objetivos.[49]

Acerca do tema, cumpre registrar a decisão do TJSC que considerou ilegal a realização de avaliação psicológica baseada em critérios subjetivos, julgando inapto um candidato ao cargo de Delegado da Polícia Civil que, em concurso anterior, já havia sido aprovado no referido exame para o mesmo cargo. Confira-se:

> ADMINISTRATIVO – POLICIAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO PARA DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL – CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO. APROVAÇÃO PARA O MESMO CARGO EM CONCURSO ANTERIOR. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. ILEGALIDADE DA

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702619587&dt_publicacao=18/08/2008>. Acesso em: 15 out. 2008.

[48] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação cível em mandado de segurança n. 4.883**. Relator Des Álvaro Wanderlei Filho, 03 de agosto de 1994. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=CONCURSO+P%DABLICO+-+IMPUGNA%C7%C3O+AO+EXAME+PSICOT%C9CNICO+EM+RAZ%C3O+DE+ALEGADA+SUBJETIVIDADE+DOS+CRIT%C9RIOS+&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAK63AAr>. Acesso em: 30 out. 2008.

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança nº 18.521/RR**, Relator Min. Felix Fischer, 19 de abril de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400875910&dt_publicacao=01/07/2005>. Acesso em: 30 out. 2008.

> AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. Se o exame de aptidão psicológica é exigido de qualquer cidadão que pretende portar arma de fogo (Lei n. 10.826/2003, art. 4º, inc. III), por maior razão deve ser exigido do policial, civil ou militar. Verifica-se, pois, que é totalMente legal e imprescindível a realização e aprovação em exame psicotécnico para o ingresso nas carreiras da Polícia Civil. Não obstante, tendo o candidato já obtido aprovação no exame psicotécnico em concurso anterior, bem como o laudo pericial ter constatado que o servidor está em bom estado de saúde mental, mostra-se desarrazoada a exigência de submissão a um novo exame.[50]

O relator, Desembargador Luiz César Medeiros, em seu voto, sustenta que, embora totalmente legal, no presente caso, a submissão do candidato a nova avaliação é considerada "absolutamente desarrazoada", conforme segue:

> Em resumo, tem-se que o autor já era policial civil desde 1979; no ano de 1988 prestou concurso público para Delegado de Polícia, sendo inclusive aprovado no exame psicotécnico, porém, devido a acidente automobilístico que sofreu, não pôde concluir o Curso de Formação. Ainda, no ano de 2001 prestou novamente concurso para Delegado de Polícia e foi aprovado; no entanto, dessa vez não foi bem sucedido no novo exame psicotécnico e questionou o resultado judicialmente. É sabido que o exame de aptidão psicológica é totalmente legal e imprescindível para o ingresso nas carreiras da Polícia Civil. Não obstante, tendo o candidato já obtido aprovação no exame psicotécnico em concurso anterior, bem como o laudo pericial ter constatado que o servidor está em bom estado de saúde mental, mostra-se absolutamente desarrazoada a exigência da submissão a outra avaliação, que, diga-se de passagem, chegou a conclusão que pode ser rotulada de arbitrária, ante a total ausência de fundamentação. 2 Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, confirmo a sentença na integralidade.[51]

Diante de tais ensinamentos, conclui-se ser pacífico o entendimento dos tribunais no sentido de que é inconstitucional a exigência de exame psicotécnico como critério eliminatório em concurso público, sem a devida previsão legal, ou seja, sem estar previsto em lei que discipline a carreira, bem como na ausência de especificação de critérios objetivos e, ainda, sem possibilidade de recurso. Sendo assim, durante a realização deste exame devem ser considerados, entre outros, os princípios da legalidade, objetividade, publicidade e ampla defesa.

4.5 LIMITE DE IDADE

[50] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação civil nº 2008.025476-2**. Relator Des. Luiz César Medeiros, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=2008.025476-2&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAAfAAABoxAA0>. Acesso em: 30 out. 2008.

[51] Ibid.

As questões relativas ao limite máximo de idade para participação em concursos públicos é outro tema bastante corriqueiro no judiciário. Em razão disto, o STF editou a Súmula nº 683, que dispõe que "o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido."[52]

Em regra, o fator idade não pode servir como impedimento de acesso aos cargos públicos, por força do art. 7º XXX, da CF. Entretanto, tal critério poderá ser exigido nas hipóteses em que a idade do candidato resulte em uma incompatibilidade com o cargo a ser exercido, cujo desempenho dependa de grande esforço físico ou cause um desgaste excessivo ou, até mesmo, inadequado para certas etapas da vida.[53]

Para Celso Spitzcowsky, a adoção do limite etário como fator de discriminação será legítimo somente quando demonstrado sua razoabilidade com os cargos em disputa, conforme previsto no art 39, §3ºda CF, que autoriza a lei a estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.[54]

O STJ manifesta-se no mesmo sentido:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR ESTADUAL. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. PREVISÃO LEGAL. CARACTERÍSTICAS DO CARGO. POSSIBILIDADE. NORMA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE APRESENTA ABSOLUTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte de Justiça, bem como do eg. STF, a norma constitucional que inibe qualquer tipo de "discriminação" para ingresso em cargos públicos não é absoluta. De acordo com a natureza do cargo e estando prevista tal limitação, a mesma é viável. Precedentes. Recurso desprovido.[55]

Seguindo este posicionamento, manifestou-se o TJSC, como segue:

> ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO EM CARGOS DA POLÍCIA MILITAR - LIMITES DE IDADE PARA INSCRIÇÃO - EXIGÊNCIA PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA. [...] O Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina - Lei n. 6.218/83, art. 11 - prevê expressamente a idade

---

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 683**. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 29 out. 2008.

[53] MELLO, 1995, p. 60.

[54] SPITZCOVSKY, 2004, p. 117.

[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança nº 18.358/ SC**. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400649627&dt_publicacao=05/09/2005>. Acesso em: 30 out. 2008.

> como um dos critérios a ser observado no ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima não constitui fator de invalidação da exigência, desde que o detalhamento conste do edital que regula o certame (AgAI n. 284.001-0/DF, Min. Moreira Alves). Este procedimento atende com mais presteza as necessidades do provimento dos cargos, levando em consideração a complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o edital a ela está vinculado.[56]

O TJSC se expressa no sentido de que aos militares não se aplica a regra do art. 7º da CF. A estes são impostas as regras do art. 142, § 3º, X da CF, que estabelece que a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas e, entre outros tópicos, estabelecerá também o os limites de idade e a estabilidade. Tal posicionamento pode ser demonstrado na decisão acima citada de onde se extrai o seguinte trecho do julgamento:

> A limitação de idade mínima e máxima para a inscrição no concurso de ingresso nos quadros da Polícia Militar, quando pautada na razoabilidade, não afronta o princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, justo porque, na maioria das vezes, e o caso em análise é um deles, a exigência tem relação com a necessidade de qualidades específicas que propiciem o melhor desempenho das funções, dada a natureza do cargo ou emprego da Administração Pública. [...] O art. 142, § 3º, inc. VIII, por sua vez, limita as garantias sociais aos militares: "Art. 142. [...] VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, XI, XIII, XIV e XV [...]; "Observa-se, portanto, que o constituinte expressamente disciplinou sobre as garantias aplicadas ao servidor público e ao militar. Àquele foi vedada a distinção por motivo de idade para ingresso no serviço público, permitindo apenas à lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão, quando a natureza do cargo o exigir. Já no que diz respeito ao militar, inexiste previsão expressa de proibição de distinção em relação à idade para o ingresso nas Forças Armadas ou Polícias Militares estaduais. Pode-se, assim, concluir com segurança que o constituinte estabeleceu um rol das garantias sociais aplicadas aos militares e taxativamente omitiu a garantia do inciso XXX do art. 7º.[57]

Nesta decisão, foi voto vencido o Desembargador Francisco de Oliveira Filho, por discordar deste posicionamento, entendendo que a natureza do cargo de policial militar não justifica tal discriminação, *in verbis:*

> Ousei divergir da douta maioria porque a restrição do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, há de ser, *data venia*, entendida em termos no tocante ao Policial Militar, isto por força do § 1º do seu art. 42, relativamente ao ingresso na corporação, devendo ser considerado dentro do critério de razoabilidade, evitando-se impedimento ou discriminação. As peculiaridades da carreira do Policial Militar e

[56] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de segurança 2003.026514-7**. Relator Des. Luiz César Medeiros, 12 de maio de 2004. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/Impressao.do?corH=FF0000&p_id=AAAG5%2FAAHAAAO3WAAJ&p_query=%22concurso+p%FAblico%22+investiga%E7%E3o+social+do+candidato>. Acesso em: 15 out. 2008.

[57] Ibid.

> conseqüentemente o trabalho desenvolvido, a meu ver, não justificam a exegese predominante.[58]

Conforme já citado, somente a lei poderá estabelecer o limite de idade como critério de discriminação para ingresso nos quadros da Administração Pública, não podendo a Administração valer-se de outros meios para estabelecer tal requisito. Em consonância com este entendimento está a Súmula 14 do STF, que dispões que "não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público."[59] Sobre o tema manifesta-se o STF nos seguintes julgados:

> CONCURSO PÚBLICO. LEI 7.289/1984 DO DISTRITO FEDERAL. LIMITAÇÃO DE IDADE APENAS EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. A fixação do limite de idade via edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei. Agravo regimental a que se nega provimento.[60]
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LIMITAÇÃO ETÁRIA. DECRETO ESTADUAL 37.536/97. INVIABILIDADE. RESERVA LEGAL. 1. A imposição do critério discriminatório - limite de idade máximo - para inscrição no concurso público da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul deverá observar o postulado da reserva legal. A edição do Decreto estadual 37.536/97 não é instrumento legislativo hábil para a imposição da restrição etária no certame. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.[61]
>
> CONCURSO PÚBLICO. FISCAL DE TRIBUTOS ESTADUAIS. LIMITE DE IDADE DE TRINTA E CINCO ANOS. ART. 20, INC. II, DA LEI Nº 8.118/1985, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Inconstitucionalidade da lei gaúcha que estipulou requisito de idade mínima de trinta e cinco anos para inscrição em concurso para o cargo de Fiscal de Tributos Estaduais. Recurso extraordinário conhecido e provido.[62]

Diante do exposto, demonstra-se o posicionamento dos tribunais no sentido de que a fixação de limite de idade para acesso aos cargos públicos configura-se constitucional, desde que estampada em lei e diante da real necessidade de estipulação do limite etário em

---

[58] SANTA CATARINA, loc. cit.

[59] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 14**. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 29 out. 2008.

[60] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental. 559823 / DF.** Relator Min Joaquim Barbosa, 27 de novembro de 2007. Disponível em : <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp**>.** Acesso em: 29 out. 2008.

[61] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso extraordinário. 458735 / RS.** Relator Min. Ellen Gracie. 29 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 out. 2008.

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 209714/RS**. Relator Min. Ilmar Galvão, 4 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=382&ano=4&txt_processo=39877&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=concurso%20publico%20candidato%20casado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 30 out. 2008.

razão da função a ser exercida, não servindo o edital do concurso público como meio para suprir a exigência constitucional.

4.6 LIMITE DE ALTURA

A utilização do requisito altura, como fator discriminador para ingresso em cargos públicos, torna-se legítimo se comprovada sua pertinência em razão da natureza do cargo ou emprego oferecido, assim como ocorre com outros fatores discriminatórios, já analisados no presente capítulo, como por exemplo, a imposição do limite de idade.

O limite de altura imposto aos candidatos que pleiteiam uma vaga nos quadros da Administração varia de um Estado para outro. Em alguns Estados, é exigido o limite de 1,60 para mulheres e 1,65 para homens. Em outros, o limite é de 1,60 para ambos os sexos. O que se questiona é: Uma pessoa de baixa estatura, porém aprovada em todas as tapas do concurso público, inclusive as provas de capacidade física, pode ser julgada incapaz para exercer a função de agente público?

Normalmente, questiona-se o respeito ao princípio da isonomia, bem como aos princípios da razoabilidade e da reserva legal. A propósito do tema, é oportuno conferir as seguintes ementas proferidas por pelo TJSC:

> ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - GUARDA MUNICIPAL - LIMITE DE ALTURA - EXIGÊNCIA CARENTE DE AMPARO LEGAL A exigência de requisitos específicos, como altura mínima para o ingresso nos quadros da guarda municipal, sem previsão em lei, configura ato violador de direito líquido e certo. O fato de a norma regulamentadora ter sido publicada em data posterior ao edital não afasta a ilegalidade do critério estabelecido no certame em curso.[63]

O mesmo tribunal, em outra oportunidade, divergiu deste posicionamento, desconsiderando a ausência de previsão legal e admitindo o limite de altura previsto apenas do edital do concurso público:

> MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR - LIMITE DE ALTURA PREVISTO NO EDITAL - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E RAZOABILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A exigência constante de Edital de Concurso para ingresso na carreira de Policial

[63] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação cível em mandado de segurança 2005.033009-4.** Relator Des. Luiz César Medeiros. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/PesquisaAvancada.do>. Acesso em: 15 out. 2008.

> Militar de estatura mínima, para o sexo feminino, de 1,60m (um metro e sessenta centímetros) não configura ofensa ao princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, uma vez que, em determinados casos, o requisito está relacionado com a indispensabilidade de apresentação de qualidades específicas por parte dos concorrentes, as quais possam acarretar o melhor desempenho das funções, em virtude da natureza do cargo.[64]

Em exame no STJ, tal decisão foi reformada, entendendo o tribunal superior a ilegalidade da exigência de altura mínima sem previsão legal:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA PREVENTIVA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. ALTURA MÍNIMA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA SEM AMPARO LEGAL. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA.[65]

Nesta decisão, é oportuna a transcrição de trecho do voto proferido pela relatora, em razão dos fundamentos adotados:

> **De outra parte, é certo que a vedação à exigência de idade, sexo, altura, em sede concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa; todavia, segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível que o critério discriminatório esteja expressamente previsto em lei.**
> Nessa esteira, é de ser reconhecida a ilegalidade da exigência de altura mínima para o ingresso na carreira da polícia militar do Estado de Santa Catarina, em razão da evidente falta de respaldo legal, uma vez que o art. 11 da Lei Estadual n.º 6.218⁄83 – Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina – se refere apenas à exigência genérica de 'capacidade física', o que é insuficiente para viabilizar a adoção do mencionado critério discriminatório. (grifo nosso)[66]

No mesmo sentido posicionou-se o referido órgão julgador em outra oportunidade:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – POLICIAL MILITAR – EXIGÊNCIA CONTIDA NO EDITAL – ALTURA MÍNIMA DE 1, 60m – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE ILEGALIDADE – PLEITO MANDAMENTAL DENEGADO – PRETENDIDA REFORMA – IMPROVIMENTO.[67]

---

[64] SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de Segurança 2004.011220-3**. Relator Volvei Carlin, 11 de maio de 2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/PesquisaAvancada.do>. Acesso em: 15 out. 2008.

[65] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 20637/SC**. Relatora. Min. Laurita Vaz, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+p%FAblico++altura&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 29 out. 2008.

[66] Ibid.

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 13820/PI**. Relator Min. Paulo Medina, 11 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+p%FAblico++altura&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 29 out. 2008.

Em relação à mesma decisão, destaca-se trecho do voto proferido pelo relator do processo:

> Creio que capacidade física diverge de compleição física. No primeiro termo, por mais dilargado que se queira, descabe ver "estatura", "altura", que se enquadrariam na segunda expressão, ausente nos textos legais.
> Acerta o Tribunal *a quo*, quando afirma ser inadmissível o ingresso de anões na carreira militar. Isso porque a eles falta capacidade física, causada pela precariedade de sua compleição. Já com relação às pessoas baixas não é possível o mesmo raciocínio, pois a estrutura física destas não implica, necessariamente, em falta de capacidade, que pode ser aferida em testes objetivos.
> [...]
> Assim, entendo descabida a exigência de altura, por inexistir previsão legal para tanto, seja em termos específicos, seja por meio de expressão mais ampla, que permita igual entendimento.[68]

O STF também teve a oportunidade de manifestar-se sobre o tema, onde julgou ilegal a exigência do limite de altura sem amparo legal, bem como quando incompatível com a natureza do cargo, como exposto a seguir:

> CONCURSO PÚBLICO - ALTURA MÍNIMA - INEXISTÊNCIA DE LEI. Longe fica de vulnerar a Constituição Federal pronunciamento no sentido da inexigibilidade de altura mínima para habilitação em concurso público quando esta for prevista estritamente no edital, e não em lei em sentido formal e material. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.[69]
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. 1. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.[70]
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DE POLÍCIA. REQUISITO. ALTURA MÍNIMA. I. - Em se tratando de concurso público para escrivão de polícia, é irrelevante a exigência de altura mínima, em virtude das atribuições do cargo. Precedentes. II. - Não se admite o exame de cláusulas de edital em sede extraordinária. Precedentes. III. - Agravo não provido.[71]

---

[68] BRASIL, loc. cit.

[69] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento 598715/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, DF, 01 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>**.** Acesso em: 29 out. 2008.

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento 627586/BA.** Relator Min. Eros Grau, DF, 27 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 out. 2008.

[71] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento 384050/MS**. Relator Min. Carlos Veloso, DF, 09 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=concurso+publico+altura&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em: 29 out. 2008.

Considerando o tema limite de altura, nota-se que o entendimento dominante dos tribunais figura no sentido de que na ausência de previsão legal, torna-se inadmissível a exigência de tal requisito para ingresso nos cargos públicos, atentando contra o princípio da legalidade.

Observa-se que a jurisprudência privou-se de discutir a complexidade da situação e concluir até que ponto pessoas saudáveis e normais, porém de baixa estatura, seriam incapazes de desempenhar determinadas funções, como as de policial militar, por exemplo. Os tribunais, em sua maioria, reservam-se apenas a observar a formalidade de existência ou não de lei específica, disciplinando o requisito ora estudado.

4.7 DISTINÇÃO DE SEXO

O critério diferenciador que restringe o acesso de candidatos de determinado sexo em concursos públicos é outro tema que gera bastante polêmica, em face da possível violação do princípio da isonomia, uma vez que a CF estabelece que homens e mulheres são iguais perante a lei.

Conforme afirmado em tópicos anteriores, o fator sexo somente se legitima se possuir relação com natureza e complexidade do cargo oferecido pela Administração, ficando a cargo do Estado optar ou não pela imposição deste discriminante.

Tal conclusão segue o entendimento STJ. Confira-se:

> RESP - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - SEXOS MASCULINO E FEMININO - Não pode haver distinção, em face da isonomia, dos direitos de homem e mulher, embora, pela própria natureza, certas atividades sejam próprias para o homem ou mais recomendadas para a mulher. O acesso é facultado às carreiras militares. Hoje, fica à deliberação do Estado, naquele concurso, precisar de pessoas para atividades recomendadas para o homem e não para a mulher. Em sendo assim, não vejo que a simples distinção, em si mesma, possa afrontar o princípio da isonomia.[72]

O TJSC manifestou-se acerca do tema seguindo a orientação do Superior Tribunal:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO – BOMBEIRO MILITAR - EDITAL - LIMITAÇÃO AO SEXO MASCULINO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - APLICAÇÃO - NATUREZA DA FUNÇÃO

[72] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 173312/MS.** Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=CONCURSO+PUBLICO+DISTIN%C7%C3O+DE+SEXO&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2 >. Acesso em: 30 out. 2008.

> A SER EXERCIDA – LEI COMPLEMENTAR 172/1998 E PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OFENSA - INEXISTÊNCIA - PROVA PRÉ CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. I- Não ofende qualquer direito líquido e certo a disposição prevista no Edital de abertura de Concurso Público para ingresso no cargo de Bombeiro Militar do Estado de Santa Catarina, limitando a inscrição a candidatos do sexo masculino. II - A Lei Complementar Estadual estabeleceu percentual máximo de ingresso para o sexo feminino no cargo de Bombeiro Militar, a ser definido em edital de concurso público, "em razão da necessidade, peculiaridades e especialidade da atividade policial-militar..." III - A norma constitucional que veda discriminações para ingresso em cargos públicos não é absoluta, a ser examinada à luz do princípio da razoabilidade. IV – Mandado de segurança exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação de pretensa ilegalidade, não servindo como remédio hábil para apreciar suposto ausência de razoabilidade na limitação editalícia não demonstrado de plano. Desta forma, inaceitável a adoção de tese cujo arcabouço probatório não foi previamente produzido. V - Recurso conhecido, mas desprovido.[73]

De resto, a orientação proferida pelo STF apóia a posição tomada pelos tribunais inferiores, porém, embora seja pacífico o entendimento de que às forças armadas e às polícias militares é concebível a distinção de sexo, conforme o interesse da Administração, no acórdão a seguir, demonstra que tal posicionamento não é absoluto, consoante se verifica:

> CONCURSO PÚBLICO - CRITÉRIO DE ADMISSAO - SEXO. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo - artigo 5., inciso I, e par. 2. do artigo 39 da Carta Federal. A exceção corre a conta das hipóteses aceitaveis, tendo em vista a ordem socio-constitucional. O concurso público para preenchimento de vagas existentes no Oficialato da Policia Militar, no Quadro de Saúde - primeiro-tenente,medico e dentista - enquadra-se na regra constitucional, no que proibe a distinção por motivo de sexo.[74]

O relator, em seu voto alega que tal distinção pode ser acolhida, no caso das forças armadas e polícias militares para o quadro de combatente, o que não é possível para cargo dos quadros da saúde:

> Singularidades permitem que a legislação distinga entre os sexos para as fileiras das policias militares. Todavia isto não ocorre quando se cogita não do acesso aos Quadros de Oficiais Combatentes, mas de Oficiais de Saúde. No particular a discriminação não,passa pelo crivo da Constituição Federal. Esta premissa, que endosso, levou a corte de origem a conceder a segurança. Friso, mais uma vez que, em questão, se fez concurso de admissão a Primeiro-Tenente, médico e dentista da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Por estas razões não reconheço o recurso interposto.[75]

---

[73] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 19464/SC**. Relator Min. Gilson Dipp, 02 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+sexo+masculino+e+feminino&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 30 out. 2008.

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 120305**. Relator Min. Marco Aurélio, 08 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 out. 2008.

[75] Ibid.

Ilustra Celso Spitzcowsky que não se pode impor uma regra geral, posto que a legitimidade do fator discriminatório "sexo", deverá ser analisado de acordo com as características do caso concreto.[76]

Conforme demonstrado, embora a CF preveja a possibilidade da criação de elementos que venham a discriminar determinados candidatos, impedindo-os de participar dos concursos públicos, tal situação não é de todo absoluta. Faz-se necessário, que o fator discriminatório seja considerado aceitável, dentro do que preceitua o princípio da razoabilidade e que atenda aos interesses da Administração.

4.8 ESTADO CIVIL

Conforme demonstrado em outros tópicos, a decisões proferidas pela Administração devem ser dotadas de razoabilidade, em consonância com seus objetivos, sendo vedadas discriminações sem a devida fundamentação.

A imposição do critério referente ao estado civil do candidato é entendida como desarrazoada, como ilustra Celso Spitzcowsky: "afigura-se inconcebível a exclusão de candidato a cargo na carreira de bombeiro tão somente por ser casado."

Confira-se a decisão proferida pelo TRF da 2ª Região, que entendeu ser ilegal tal exigência, nos termos que segue:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO POR FORÇA DA CONCESSÃO DE LIMINAR. NECESSIDADE DA ENTREGA JURISDICIONAL. SERVIDORA PÚBLICA MILITAR CASADA. ÊXITO EM DUAS ETAPAS DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DE ESTADO CIVIL DIVERSO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ART. 5° DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1 - O julgamento do mérito torna-se necessário para definição do direito postulado e de eventuais responsabilidades da Administração para com o impetrante e regresso contra o impetrado. 2 - A Constituição Federal em seu art. 7°, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2° proíbe a diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. 3 - Aprovação de candidata casada nas duas Etapas do Exame Intelectual para ingresso no Curso de Formação de Sargentos do Exército. 4 - Interpretação sistemática do art. 37, I, da Constituição Federal com o art. 7°, XXX. Exigência de especificidade para cada cargo, como habilitação profissional, capacidade técnica, nível intelectual, jamais relativa ao estado civil. 5 – A limitação do estado civil de candidata ao concurso público para ingresso na Escola de Saúde viola o princípio constitucional da isonomia, uma vez demonstrado que a exigência não decorre das atribuições pertinentes à carreira militar, pois a discriminação ocorre entre candidatas que estão em situação de

[76] SPITZCOVSKY, 2004, p. 227.

> igualdade, ou seja, integrantes das Forças Armadas. 6 - Manutenção da sentença na íntegra. Remessa necessária improvida.[77]

Nesta decisão, é oportuno reproduzir o seguinte trecho do voto do relator:

> Assim, viola o princípio constitucional da isonomia a limitação do estado civil de candidata ao concurso público de admissão à Escola de Saúde do Exército, uma vez demonstrado que a exigência não decorre das atribuições pertinentes à carreira militar, pois a discriminação ocorre entre candidatas que estão em situação de igualdade, integrantes das Forças Armadas.[78]

Neste contexto, se expressa o TJMG, concordando com tal posicionamento:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO CASADO - AUSÊNCIA DE MOTIVO IMPEDITIVO - DIREITO DE PARTICIPAÇÃO - ESTADO CIVIL - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS - NEGATIVA - DESCRIMINAÇÃO DESARRAZOADAS - SEGURANÇA CONCEDIDA - CONFIRMAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 37, 'CAPUT' E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Deve ser **assegurado ao candidato o direito de participar do Concurso Público para matrícula no curso de formação de oficiais, impedido tão-somente por ser casado, tendo em vista que a realização do certame deve se pautar pelo cumprimento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da igualdade de condições a todos que a ele se submetem**, nos termos do mandamento constitucional.[79](grifo nosso)

Ainda neste sentido, posicionou-se o TJMG em outra oportunidade:

> CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA PMMG - CONCURSO - REQUISITO DE INSCRIÇÃO: ESTADO CIVIL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. A exigência do estado civil de solteiro para inscrição no concurso para o Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais vai de encontro ao princípio da razoabilidade. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.[80]

---

[77] BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. **Remessa ex-ofício em mandado de segurança 200351010174125.** Relator Juiz Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 18 de julho de 2005. Disponível em:<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108810/1/9/121908.rtf>. Acesso em: 30 out. 2008.

[78] Ibid.

[79] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Mandado de segurança 1.0000.00.343691-2.** Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, 28 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=concurso+publico+candidato+casado&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 30 out. 2008.

[80] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Mandado de segurança 1.0382.04.039877-0/002**. Relator Min. Kildare Carvalho, 24 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=concurso+publico+candidato+casado&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar >. Acesso em: 30 out. 2008.

A decisão acima, fica evidenciada a ausência de relação entre o estado civil do candidato e sua capacidade de ocupar um cargo na Administração e bem exercer suas funções. Confira-se:

> Com efeito, não se mostra razoável a inadmissão do impetrante à matrícula e freqüência no CTPS/2004, devido ao fato de ser casado, sobretudo tendo em vista que foi ele aprovado em todas as demais fases do concurso. A meu ver, inexiste correlação entre o casamento ou o impedimento de contraí-lo e o exercício das funções militares. Tem-se aí uma forma de descriminação infundada e ilegal, sem razão objetiva ou lógica, a ofender a ordem constitucional vigente.[81]

Como se percebe por meio das decisões elencadas, embora a CF preveja a criação de elementos discriminadores em razão da função a ser exercida, tal situação não se aplica ao caso dos candidatos casados, impedidos de participarem de concursos públicos.

4.9 CONDUTA SOCIAL DO CANDIDATO

A realização de investigação social do candidato relaciona-se diretamente com o princípio da moralidade administrativa, segundo o qual cabe à Administração o estrito cumprimento da legalidade, devendo ele no exercício de sua função pública, respeitar aos princípios éticos de razoabilidade e justiça.[82] Possui relação, também, como princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF, segundo o qual ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dada a subjetividade do tema, aplica-se a Súmula 684 do STF, segunda a qual "**é** inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato ao concurso público."[83]

A realização de investigação acerca da conduta social do candidato tem o intuito de identificar se este merece ou não a confiança da Administração e da sociedade, estando apto a ocupar um cargo público.[84]

---

[81] MINAS GERAIS, loc. cit.
[82] MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 304.
[83] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 684**. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato à concurso público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_600_700>. Acesso em: 30 out. 2008.
[84] NOGUEIRA JUNIOR, Alberto. Eliminação de Candidato em concurso público: "a investigação social dos bons antecedentes" x o princípio da presunção de inocência. **Clube Jurídico do Brasil.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/108788/a-idoneidade-moral-do-candidato-pode-ser-definida-por-existencia-de-suspensao-condicional-do-processo-informativo-518->. Acesso em: 13 out. 2008.

Sobre o tema manifesta-se o STJ nas decisões a seguir:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. CONDUTA SOCIAL. INVESTIGAÇÃO. CURSO DE FORMAÇÃO. CRIME. APURAÇÃO. EXCLUSÃO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IRRELEVÂNCIA. INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS.I - É causa justificadora da eliminação de candidato a concurso para o cargo de agente da Polícia Federal o fato de ele responder a processo penal na época da investigação de sua conduta social (art. 8º, I, do Decreto-Lei nº 2.320⁄87, regulamentado pela Instrução Normativa nº 3, de 30⁄11⁄92). II - Posterior absolvição no juízo criminal por não haver prova da existência dos fatos é irrelevante, em decorrência do princípio da incomunicabilidade das instâncias, segundo o qual a sentença penal só vincula a esfera administrativa, quando o réu for absolvido por negativa de fato ou por negativa de autoria. Precedentes do STJ. Agravo regimental desprovido.[85]
>
> DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL**.** EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, não se admite, na fase de investigação social de concurso público**,** a exclusão de candidato em virtude da simples existência de inquérito policial arquivado por sentença transitada em julgado em 1993. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido e improvido.[86]
>
> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. FATOS QUE CONFIGURAM CRIME. APURAÇÃO NA VIA CRIMINAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE. I - A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes. II - As condutas apuradas pela Comissão de Investigação Social do concurso, as quais foram devidamente apuradas na esfera penal, tendo, algumas, sentença condenatória com trânsito em julgado, são incompatíveis com o que se espera de um policial militar, em cujas atribuições funcionais se destacam a preservação da ordem pública e manutenção da paz social**.** III - O direito à ampla defesa, em concurso público, se materializa com a interposição de recurso administrativo, o qual, na espécie, não foi interposto pelo recorrente. Recurso ordinário desprovido.[87]
>
> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE

---

[85] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial 750.666/PA**. Relator Min. Hudson Ricardo dos Santos, 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+investiga%E7%E3o+social&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3 >. Acesso em: 30 out. 2008.

[86] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 780032/DF.** Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 26 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+investiga%E7%E3o+social&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 30 out. 2008.

[87] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinária em mandado de segurança 22086/MS**. Relator Min. Feliz Fischer, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+investiga%E7%E3o+social&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4 >. Acesso em: 30 out. 2008.

> PROCESSO CRIMINAL JÁ EXTINTO PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. 2. Recurso especial conhecido e improvido.[88]

Pelo exposto, tem entendido os tribunais pela legalidade da realização de investigação social de candidato em concurso público, porém, a existência de sentença penal condenatória tem sido considerada fator impeditivo para o acesso do candidato aos cargos públicos. Fato que não ocorre no caso de arquivamento do procedimento.

4.10 PORTADOR VÍRUS HIV

O relatório divulgado pela ONU no ano de 2000 estima que, pelo menos, um terço dos portadores de HIV na América Latina vivam no Brasil. Este número representa em torno de 600 mil pessoas infectadas. Como se pode notar, um número bastante significativo de brasileiros é portador do vírus e, com a melhora na qualidade de vida destas pessoas em razão da criação do coquetel para a AIDS, surge a polêmica sobre a participação de candidatos portadores do vírus HIV em concursos públicos.

Sobre o tema, cumpre destacar o caso do candidato ao cargo de agente penitenciário do Distrito Federal, reprovado por ser portador do vírus HIV, cuja ementa segue:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE PENITENCIÁRIO – EXAME MÉDICO – CANDIDATO PORTADOR DO VÍRUS HIV – ELIMINAÇÃO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA – DESPROVIMENTO À UNANIMIDADE.
> I - A Lei Distrital nº 1.898/98 veda a exigência do exame para detecção do vírus HIV aos candidatos a emprego (art. 7º). Tal procedimento discriminatório, ademais, encontra óbice na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe a exigência do teste de HIV nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.
> II - O ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal é regulado pela Lei Federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, cujo art. 5º estabelece: "Art. 5º o

[88] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 414.933/PR**. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 12 de junho de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200189716&dt_publicacao=01/08/2006>. Acesso em: 30 out. 2008.

> ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente."
> III - Na hipótese em que se verifica que o ato administrativo consubstanciado na desclassificação de candidato portador do vírus HIV do concurso público se apartou da legalidade, a medida que se impõe-se é a concessão da segurança.
> IV - Recurso conhecido e desprovido à unanimidade. Sentença mantida, também em razão do reexame necessário.[89]

Dada a relevância do tema, oportuno registrar o posicionamento do relator do referido processo:

> Com efeito, a Lei Distrital nº 1.898/98, em seu art. 7º, veda a exigência do exame de HIV aos candidatos a emprego. Ademais, tal procedimento discriminatório encontra óbice, também, na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe tal exigência nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde. Assim, tenho que a r. sentença merece subsistir, como reconheceu a douta Procuradoria de Justiça, ao endossar o parecer exarado pela ilustre Promotoria de Justiça, cujos fundamentos peço vênia para colacionar, *in verbis*:
> [...]
> Percebe-se, sem qualquer esforço, que o **Edital veda que o candidato ao cargo sofra de doença incurável, entretanto, nada diz a respeito do candidato que, embora contagiado por vírus que pode levar ao desenvolvimento de doença incurável, não esteja acometido da doença. Assim sendo, constata-se que a exclusão do impetrante do concurso sem que o mesmo esteja acometido de doença incurável mostra-se ilegal**, muito embora o mesmo possa até a vir desenvolver, no futuro, a doença da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS), doença incurável.
> O ato atacado, portanto, deve ser anulado, porquanto praticado com desvio de poder, eis que foi além do que o próprio Edital permite.[90] (grifo nosso)

Neste sentido figura o posicionamento do TJSP, na decisão que segue:

> CONCURSO PÚBLICO. Candidato aprovado e impedido de tomar posse, considerado inapto pelo exame médico admissional, por ser portador de HIV, incompatível com o cargo de Agente de Biblioteca. INADMISSIBILIDADE. Prova documental e argumentos da autoridade impetrada que demonstram a discriminação praticada. Recurso provido.[91]

Nos casos apresentados para ilustrar o tema, surge novamente a disposição do art 39, § 3º da CF, bem como a afronta ao princípio da igualdade e da razoabilidade. Surge também, a disposição do art. 3º, IV da CF que estabelece que constitua objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sendo assim, a

---

[89] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação cível 2001 01 1 024686-8**. Relator Des. Wellington de Medeiros, 2 de setembro de 2002. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/162163/162017.doc>. Acesso em: 30 out. 2008.
[90] Ibid.
[91] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação com revisão 4193415400**. Relator Des. Oliveira Santos, 10 de dezembro de 2007**.** Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso em: 30 out. 2008.

discriminação de portador de HIV, em concurso público, torna-se inconstitucional, se não possuir compatibilidade com a finalidade pública.

4.11 LIMITE DE PESO

Algumas profissões receberam do constituinte um tratamento diferenciado, que permitiu à lei estabelecer fatores discriminatórios como requisitos dos editais de concursos públicos, desde que mantenham relação lógica com o cargo a ser ocupado. Este é o fundamento que norteia a exigência de limite mínimo de peso exigido em alguns concursos.

Neste sentido manifestam-se as decisões do STJ a seguir:

> CONCURSO PÚBLICO - CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL - **LIMITE MÍNIMO DE PESO** EXIGIDO EM EXAME DE SAÚDE E ANTROPOMÉTRICO PELO EDITAL - POSSIBILIDADE - **EXIGÊNCIA QUE SE ENTENDE RAZOÁVEL EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR** - RECURSO IMPROVIDO 1. A discriminação feita em edital de concurso público não se considera ilegal se o fator de discrimen guardar relação de pertinência lógica com a situação fática do caso concreto. 2. Pode, assim, ser previsto, em edital de concurso público, limite mínimo de peso aos concorrentes, para o ingresso no cargo de soldado da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, em razão das atribuições a serem exercidas pelo candidato aprovado. Precedentes desta Corte. 3. Recurso improvido.[92] (grifo nosoo)

Oportuna a transcrição de trecho do voto proferido pelo relator do referido processo:

> Penso que o concurso público deve possibilitar a participação de todos aqueles que se enquadram nas disposições e condições estabelecidas no ato convocatório,de forma que se atenda, assim, ao princípio da democracia. Impende que ele seja conduzido de modo totalmente objetivo, sem o favorecimento de determinados candidatos, nem a perseguição de outros, conforme reza o princípio da isonomia. Ao mesmo tempo, em atenção ao princípio da eficiência, o concurso público urge visar a seleção dos candidatos que revelem possuir os maiores méritos (capacidade intelectual, habilidades e aptidões físicas e mentais), para o exercício das funções estatais, estas concebidas, por certo, de forma individualizada e específica.
> [...] Penso que, considerando, no presente caso, o fator de *discrimen*, qual seja, exigência de peso mínimo de 60 (sessenta) quilos, dos candidatos, e a sua pertinência lógica com as atribuições do cargo de soldado, a ser por eles exercido, mormente, tendo-se em vista a plenitude das funções desempenhadas pela Polícia

[92] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança 11.885/MS**. Relator Min. Paulo Medina, 07 de outubro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=457624&sReg=200000380806&sData=20051107&formato=HTML>. Acesso em: 30 out. 2008.

> Militar, é perfeitamente razoável a discriminação realizada pelo edital do concurso em tela[93]

Em sentido diverso, posicionou-se o Egrégio Tribunal em outra oportunidade:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO A ATOS NORMATIVOS INTERNOS. NÃO ADMISSIBILIDADE. **CONCURSO**. CURSO PREPARATÓRIO DE CADETES DO AR. REPROVAÇÃO NO EXAME MÉDICO. CRITÉRIOS DISCRIMINATÓRIOS. ILEGALIDADE. 1. O conceito de lei federal, a ensejar o Recurso Especial, não abrange os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas. Não basta para caracterizar violação à lei federal, a simples transcrição do dispositivo legal; necessário que o recorrente dê as razões de seu inconformismo. Incidência da Súmula 284 - STF. 3. A exigência de critérios discriminatórios em edital de **CONCURSO** deve ser feita precipuamente sob o prisma da lógica, bastando verificar se a diferenciação possui uma justificativa racional e necessária, ou se resulta de mera discriminação fortuita. 4. A reprovação do candidato sob o diagnóstico de deficiência dentária e obesidade faz-se desprovida de qualquer justificativa razoável, que o impeça de exercer as atividades militares a que se habilita. 5. Recurso não conhecido.[94]

Contudo, conclui-se que o fator limite de peso pode ser utilizado nos editais de concurso público quando tal exigência possuir pertinência lógica com o cargo a ser oferecido, desde que pautado em justificativa racional, não constituindo uma discriminação fortuita.

4.12 TATUAGEM

Alguns editais de concurso público utilizam a existência de tatuagem como fator discriminador, que visa à exclusão de candidatos do certame. Como em outros casos, nem todos os lesados por este ato da Administração recorrem ao judiciário. Porém, aqueles que optam pela busca da justiça nos tribunais, têm encontrado posicionamento favorável aos seus anseios.

Em concurso realizado para preenchimento de cargos na Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, utilizou-se tal fator como discriminante e um candidato, após ter sido reprovado por este motivo, recorreu ao TJMG quando obteve o seguinte parecer:

---

[93] BRASIL, loc. cit.

[94] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança 214456/CE**. Relator Min. <Edson Vidigal, 20 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900423410&data=20/09/1999>. Acesso em: 30 out. 2008.

> POLÍCIA MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO. REPROVAÇÃO. TATUAGEM. FALTA DE JUSTIFICAÇÃO PLAUSÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. Não podendo o recorrido continuar no concurso diante de sua reprovação em exame médico, no qual foi considerado inapto por critério totalmente conservador, arbitrário e discriminatório, pode tal ato ser revisto pelo Poder Judiciário a pedido do interessado.[95]

Dada à relevância do tema, cumpre a reprodução de trecho do voto do relator do caso:

> O simples fato de o candidato possuir tatuagens em seu corpo não é justificativa plausível para sua reprovação no exame médico. Porém, tal requisito se tornou arbitrário a partir do momento em que classifica a TATUAGEM como doença, sem auferir a esse requisito, quesitos técnicos para que se pudesse fundamentar o porquê desta classificação. A presença de tatuagens no corpo do apelado não o impede de exercer as funções atinentes ao cargo pleiteado, sendo tal requisito totalmente arbitrário, discriminatório e, aparentemente, moralista. Só se saberá se a pessoa tem ou não habilidade para exercer a função pleiteada através do exame físico, que demonstrará sua capacidade e habilidade para exercer o cargo com o devido rigor. Portanto, não deve prevalecer a reprovação em exame médico pelo fato de o apelado possuir TATUAGEM em seu corpo, sendo que esta, por si só, não qualifica ou desqualifica o candidato para exercer a função pleiteada.[96]

No mesmo sentido, posicionou-se o mesmo tribunal em outra oportunidade:

> Administrativo. Mandado de Segurança. Concurso público para provimento do cargo de 2.º Tenente do Quadro de Oficiais de Saúde (QOS) da Polícia Militar de Minas Gerais. Candidata eliminada nos exames preliminares de saúde por ostentar sinais (tatuagem) na pele. Violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Segurança concedida. A eliminação de candidata do concurso público promovido pela Polícia Militar de Minas Gerais em razão de tatuagem visível apenas sob vestes civis, malfere o princípio da razoabilidade, além de não guardar proporcionalidade com o interesse público motivador do ato administrativo inquinado via mandamental.[97]

Este também é o posicionamento do TJRJ, nas decisões que seguem:

> AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. INABILITAÇÃO EM EXAME MÉDICO EM DECORRÊNCIA DE TATUAGENS NO CORPO. VEDAÇÃO EXPRESSA NO EDITAL. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E RAZOABILIDADE.

---

[95] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação cível 1.0000.00.341272-3/000.** Relator. Des. Maria Elza, 03 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=concurso+p%FAblico+tatuagem&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 29 out. 2008.

[96] Ibid.

[97] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação cível 1.0024.06.215445-5/001.** Relator. Des. Mauro Soares de Freitas, 13 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=215445&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=concurso%20público%20tatuagem&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 29 out. 2008.

> PRECEDENTES. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA E MERECE SER MANTIDA.DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO [98]
> APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. INABILITAÇÃO EM EXAME MÉDICO EM DECORRÊNCIA DE TATUAGENS NO CORPO. VEDAÇÃO EXPRESSA NO EDITAL. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA E MERECE SER MANTIDA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.[99]

Entendem os tribunais que tal exigência viola os princípios da legalidade, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, visto que o fato de o candidato possuir tatuagem, não o torna incapaz para exercer funções na Administração Pública.

[98] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento na apelação cível. 2008.001.28138.** Relator Des. Benedicto Abicair, 29 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2008.
[99] Ibid.

5 CONCLUSÃO

Procurou-se durante a realização deste trabalho acadêmico, identificar e analisar as possibilidades de restrição de acesso aos cargos públicos, bem como os fundamentos de tais imposições.

Primeiramente, buscou-se um conhecimento aprofundado sobre o instituto constitucional que seleciona os candidatos aptos a ocuparem os cargos da Administração Pública, chamado de concurso público.

Em um segundo momento, foram considerados os princípios constitucionais que norteiam a realização deste procedimento, dentre os quais, devido sua relevância, destacam-se os princípios da igualdade, razoabilidade, legalidade e moralidade.

Posteriormente, apontou-se os preceitos constitucionais que disciplinam a matéria, identificando-se que a CF, além de estabelecer o concurso público como modo de acesso aos cargos e empregos públicos (art. 37, II), dispõe sobre a possibilidade da criação de elementos diferenciadores para acesso aos cargos públicos, em razão da natureza do cargo oferecido (art 39, §3º).

A problemática gira entorno, não apenas da possibilidade de criação dos fatores discriminantes, mas em especial, à sua aplicação ao caso concreto.

Uma vez estruturado e exposto o problema, identificou-se algumas das limitações dos editais dos concursos públicos e analisou-se sua constitucionalidade à luz do entendimento dos tribunais.

Sendo assim, baseado na análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros, fazem-se as seguintes considerações acerca do tema.

Critérios como exame de avaliação física, sexo, limite de idade, altura e peso revelam-se inconstitucionais quando não possuem amparo legal, ou seja, não são regulados por lei específica do cargo e, ainda que previsto regulamente em lei, deverão estar pautados na razoabilidade e na real necessidade de tal imposição, sendo permitidos somente quando a natureza do cargo assim exigir.

Quanto à realização do exame psicotécnico, a exigência de sua realização deve possuir previsão legal e estar diante da adoção de critérios objetivos.

De outra parte, os candidatos portadores de deficiência também possuem direito de participar dos concursos públicos, mostrando-se necessária a compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência da qual o candidato é possuidor.

Com relação à investigação social dos candidatos, os tribunais têm entendido pela legalidade da realização de investigação social de candidato em concurso público, porém, a existência de sentença penal condenatória tem sido considerada fator impeditivo para o acesso do candidato aos cargos públicos. Fato que não ocorre no caso de arquivamento do procedimento.

Nos casos de exclusão de candidatos, com base no estado civil, entende a jurisprudência que tal fato é inadmissível e; quanto à discriminação de portador de HIV em concurso público, entende que a mesma torna-se inconstitucional se não possuir compatibilidade com a finalidade pública.

De resto, sobre os candidatos eliminados dos concursos públicos por possuírem tatuagem, os tribunais manifestam-se no sentido de que tal exigência viola os princípios da legalidade, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, visto que o fato de o candidato possuir tatuagem não o torna incapaz para exercer funções na Administração Pública.

Observou-se que, em alguns dos casos, os tribunais reservam-se a analisar a existência de lei criando o fator discriminante, deixando em segundo plano a possível ocorrência de violação dos princípios constitucionais, adotando, desta forma, uma posição extremamente legalista.

Por fim, conclui-se que, embora a CF preveja a possibilidade da criação de elementos que venham a discriminar determinados candidatos, impedindo-os de participar dos concursos públicos, tal situação não é de todo absoluta. Faz-se necessário que o fator discriminatório seja considerado aceitável, dentro do que preceitua o princípio da razoabilidade e que atenda aos interesses da Administração.

REFERÊNCIAS

AMIGOS METROVIÁRIOS DOS EXCEPCIONAIS. **O ser humano pode ter limitações mas não tem limites**. <http://www.ame-sp.org.br/noticias/entrevista/teentrevista01.shtml>. Acesso em: 27 out. 2008.

ANDERLEI, Dirso. Concurso público: princípios aplicáveis. **Revista do TCE**, Florianópolis, n. 1, p. 99-107, fev. 2003.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Concurso público. Imposição constitucional e operacionalização. In. MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm.>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm.>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm.>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. (Org.) **Vade Mecum**. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso em mandado de segurança nº 25571/MS.** Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 26 de junho de 2008. Disponivel em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702619587&dt_publicacao=18/08/2008>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial 750.666/PA**. Relator Min. Hudson Ricardo dos Santos, 6 de fevereiro de 2007. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+investiga%E7%E3o+social&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3 >. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 11.983/DF**. Relator Min. Arnaldo Esteves de Lima, 22 de outubro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601364091&dt_publicacao=09/05/2008>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança nº 23.111/SC**. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602469183&dt_publicacao=20/10/2008 >. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança Nº 18.401/PR**. Relator Min. Paulo Medina, 07 de abril de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400777452&dt_publicacao=02/05/2006>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança nº 18.521/RR**, Relator Min. Felix Fischer, 19 de abril de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400875910&dt_publicacao=01/07/2005>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança 11.885/MS**. Relator Min. Paulo Medina, 07 de outubro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=457624&sReg=200000380806&sData=20051107&formato=HTML>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança 214456/CE**. Relator Min. <Edson Vidigal, 20 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900423410&data=20/09/1999>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 331.688/RS**. Relator Min. Paulo Gallotti, DF, 20 de março de 20083. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100938430&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 414.933/PR**. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 12 de junho de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200189716&dt_publicacao=01/08/2006>. Acesso em: 30 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 780032/DF.** Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, 26 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+investiga%E7%E3o+social&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinária em mandado de segurança 22086/MS**. Relator Min. Feliz Fischer, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+investiga%E7%E3o+social&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4 >. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 7940/MG**. Relator Min. José Arnaldo, 4 de março de 1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600759928&data=14/04/1997>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança nº 18.358/SC**. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400649627&dt_publicacao=05/09/2005>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 20637/SC**. Relatora. Min. Laurita Vaz, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+p%FAblico++altura&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 13820/PI**. Relator Min. Paulo Medina, 11 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+p%FAblico++altura&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 173312/MS.** Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 22 de março de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=CONCURSO+PUBLICO+DISTIN%C7%C3O+DE+SEXO&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2 >. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança 19464/SC**. Relator Min. Gilson Dipp, 02 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+publico+sexo+masculino+e+feminino&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso extraordinário. 458735/RS.** Relator Min. Ellen Gracie. 29 de outubro de 2005. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 636384/DF**. Relator. Min. Ricardo Lewandowski, 21 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=636384&base=baseAcordaos >. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento 598715/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, DF, 01 de abril de 2008. Disponível em: **<**http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp**>.** Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento 627586/BA.** Relator Min. Eros Grau, DF, 27 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento 384050/MS**. Relator Min. Carlos Veloso, DF, 09 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=concurso+publico+altura&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 376.607-4/DF**. Relator Min. Eros Grau, 28 de março de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental. 559823/DF.** Relator Min Joaquim Barbosa, 27 de novembro de 2007. Disponível em: **<**http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp**>.** Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 120305**. Relator Min. Marco Aurélio, 08 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 209714/RS**. Relator Min. Ilmar Galvão, 4 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=382&ano=4&txt_processo=39877&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=concurso%20p

ublico%20candidato%20casado&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 351142/RN**. Relatora Min Ellen Gracie, 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário. nº 227299/MG.** Relator Min. Ilmar Galvão, 14 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 14**. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 668**. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 683**. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 684**. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato à concurso público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_600_700>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Tribunal Regional Federal 2ª Região. **Remessa ex-ofício em mandado de segurança 200351010174125.** Relator Juiz Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 18 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108810/1/9/121908.rtf>. Acesso em: 30 out. 2008.

CONCURSO para a Caixa Econômica Federal tem quase 800 mil inscritos. Disponível em: <http://www.concursos2008.com/index.php/2008/06/09/concurso-caixa-economica-federal-tecnico-bancario-inscritos/. Acesso em: 13 out. 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação cível 2001 01 1 024686-8**. Relator Des. Wellington de Medeiros, 2 de setembro de 2002. Disponível em: <http://juris.tjdft.jus.br/docjur/162163/162017.doc>. Acesso em: 30 out. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREIRE, Silvia. **Cego é barrado em concurso para juiz federal**. Disponível em: <http://www.prt7.mpt.gov.br/mpt_na_midia/2005/julho/29_07_05_FOLHA_cego_barrado_concurso_federal.htmacesso>. Acesso em: 27 out. 2008.

GASPARINI, Diógenes. Concurso público. Imposição constitucional e operacionalização. In. MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime Jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MANUAL de elaboração de documentos decorrentes da avaliação psicológica. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/a_orien/legislacao/resolucoes_cfp/fr_cfp_007-03_Manual_Elabor_Doc.htm>. Acesso em: 27 nov. 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime jurídico dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação cível 1.0000.00.341272-3/000.** Relator. Des. Maria Elza, 03 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=concurso+p%FAblico+tatuagem&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação cível 1.0024.06.215445-5/001.** Relator. Des. Mauro Soares de Freitas, 13 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=215445&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=concurso%20público%20tatuagem&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Mandado de segurança 1.0000.00.343691-2.** Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, 28 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=concurso+publico+candidato+casado&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Mandado de segurança 1.0382.04.039877-0/002**. Relator Min. Kildare Carvalho, 24 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=concurso+publico+candidato+casado&acordaoEmenta=acordao&tipoFiltro=and&resultPagina=10&submit=Pesquisar >. Acesso em: 30 out. 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Fabrício et al. (Org.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In. MOTTA, Fabrício et. al. (Org). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NOGUEIRA JUNIOR, Alberto. Eliminação de Candidato em concurso público: “a investigação social dos bons antecedentes” x o princípio da presunção de inocência. **Clube Jurídico do Brasil.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/108788/a-idoneidade-moral-do-candidato-pode-ser-definida-por-existencia-de-suspensao-condicional-do-processo-informativo-518->. Acesso em: 13 out. 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento na apelação cível. 2008.001.28138.** Relator Des. Benedicto Abicair, 29 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 30 out. 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Mandado de segurança nº 2006.000011-8.** Relator Des. Nilton Janke, 14 de junho de 2006. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAIQGAATAAAN40ABH&qTodas=2006.000011-8.+&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de Segurança nº 2004.016207-3.** Relator Des. Nicanor Calirio da Silveira, 8 de junho de 2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=2004.016207-3&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAQRpAAX>. Acesso em: 13 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação cível em mandado de segurança n. 4.883**. Relator Des Álvaro Wanderlei Filho, 03 de agosto de 1994. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=CONCURSO+P%DABLICO+-+IMPUGNA%C7%C3O+AO+EXAME+PSICOT%C9CNICO+EM+RAZ%C3O+DE+ALEGADA+SUBJETIVIDADE+DOS+CRIT%C9RIOS+&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAK63AAr>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação civil nº 2008.025476-2**. Relator Des. Luiz César Medeiros, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=2008.025476-2&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAAfAAABoxAA0>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de segurança 2003.026514-7**. Relator Des. Luiz César Medeiros, 12 de maio de 2004. Disponível em:

<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/Impressao.do?corH=FF0000&p_id=AAAG5%2FAAHAAAO3WAAJ&p_query=%22concurso+p%FAblico%22+investiga%E7%E3o+social+do+candidato>. Acesso em: 15 out. 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação cível em mandado de segurança 2005.033009-4.** Relator Des. Luiz César Medeiros. 29 de novembro de 2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/PesquisaAvancada.do>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de Segurança 2004.011220-3**. Relator Volvei Carlin, 11 de maio de 2005. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/PesquisaAvancada.do>. Acesso em: 15 out. 2008.

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 - Dir. Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, p. 8095-8104, nov. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação com revisão 4193415400**. Relator Des. Oliveira Santos, 10 de dezembro de 2007**.** Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso em: 30 out. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. **Concursos públicos**: limitações constitucionais para os editais. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

_____. Limitações constitucionais aos editais de concursos públicos. **Bonijuris**, Curitiba, ano 15, n. 485, p. 28-29, abr. 2004.

ANEXOS

ANEXO A – Recurso em Mandado de Segurança n. 23.111-SC

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança nº 23.111-SC.

EMENTA:

DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. REQUISITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O edital do concurso para ingresso na Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, impugnado pela parte embargada, foi publicado em 6⁄12⁄05 e o mandamus foi impetrado em 15⁄2⁄06, dentro, portanto, do prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533⁄51.

2. O edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu. Ou seja, somente pode haver exigência de teste de capacidade física se houver previsão na lei que criou o cargo. Precedentes do STF e do STJ.

3. A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos a embargos de declaração sobrevém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição, vícios a serem corrigidos no acórdão embargado, e não da simples interposição do recurso.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 07 de agosto de 2008.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Relator

VOTO

O SR. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Analiso, inicialmente, os embargos de declaração opostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Com relação à decadência de pedir segurança, verifico que o edital impugnado foi publicado em 6⁄12⁄05 (fl. 32) e o mandamus foi impetrado em 15⁄2⁄06, dentro, portanto, do prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533⁄51.

Já no que se refere à alegação de que o teste físico a que foi submetida a embargada não é irrazoável nem inovador, cumpre salientar que o acórdão embargado decidiu a questão com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tal avaliação somente é admitida quando prevista em lei, o que não ocorreu no caso dos autos.

Assim, rejeito os embargos de declaração opostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Passo à analise dos declaratórios opostos pelo ESTADO DE SANTA CATARINA, os quais, também, não merecem prosperar.

Com efeito, o objetivo do recurso ordinário interposto pela embargada era justamente afastar a perda do objeto argüida pelo ESTADO DE SANTA CATARINA, de modo que restou expressamente decidido no acórdão embargado que (fls. 141⁄142):

Inicialmente, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que o simples fato de já haver sido iniciado o curso de formação não implica perda do objeto da demanda na qual o candidato busca a anulação do ato que o excluiu do certame. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO. QUESTIONAMENTO. INÍCIO DO CURSO. PERDA DE OBJETO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando a ação busca aferir a suposta ilegalidade de uma das etapas do concurso, o início do curso de formação não conduz à perda de objeto do mandamus. Precedentes.

II - Agravo interno desprovido. (AgRg no RMS 17.737⁄AC, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 13⁄6⁄05)

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - CONCLUSÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA ADOTADA PELO DECISUM - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7⁄STJ - CONCURSO PÚBLICO - EXAME PSICOTÉCNICO - QUESTIONAMENTO - INÍCIO DO CURSO DE FORMAÇÃO - PERDA DE OBJETO - INEXISTÊNCIA - AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

.....

III - O início do curso de formação não conduz à perda de objeto de mandado de segurança no qual se questiona a legalidade de uma das etapas do certame.

IV - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 613.610⁄AL, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 2⁄8⁄04)

Assim, não há falar em perda do objeto do mandamus na hipótese.

Também não há falar na alegada ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, pois não houve determinação de nomeação imediata da embargada. O recurso ordinário foi provido para conceder a ordem pleiteada, qual seja, o reconhecimento da ilegalidade do teste físico exigido e sua conseqüente matrícula no curso de formação.

Na hipótese de já ter sido encerrado o curso de formação da turma aprovada no concurso de que participou a embargada, deverá ela ser matriculada no próximo curso realizado pelo embargante.

Assim, mostra-se nítido o caráter exclusivamente infringente que o embargante pretende atribuir ao presente recurso. E, não obstante doutrina e jurisprudência admitam a modificação do acórdão por meio dos embargos de declaração, essa possibilidade sobrevém como resultado da presença dos vícios que ensejam sua interposição, o que, conforme visto acima, não ocorre no presente caso, em que a questão levada à apreciação do órgão julgador foi devidamente exposta e analisada, não havendo obscuridade a ser sanada.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

ANEXO B - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 376.607-5/DF

Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 376.607-4/DF

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO OITO DIAS ANTES. NOVA DATA. DESIGNAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal *a quo* sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do prequestionamento, ainda que persista a omissão.

2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado.

Nego provimento ao agravo regimental.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de março de 2006.

MINISTRO EROS GRAU

VOTO:

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que "[a] oposição de embargos declaratórios visando à solução de matéria antes suscitada basta ao prequestionamento, ainda quando o Tribunal *a quo* persista na omissão a respeito" [RE n. 399.035, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13.5.05].

2. No mérito também não assiste razão às argumentações do agravante. Na data designada para a realização do exame de aptidão física, a ora agravada ainda recuperava-se do parto realizado há apenas oito dias. Daí o fato de encontrar-se plenamente impossibilitada de participar dessa fase do certame naquele momento.

3. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não constitui afronta ao princípio da isonomia, nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. Ela se encontrava em situação peculiar, que, por si só, demandava tratamento diferenciado.

4. Ademais, a agravada não pretende eximir-se da realização do exame, apenas requer a designação de nova data para que possa participar dele, após o período da licença-maternidade.

Nego provimento ao agravo regimental.

EROS GRAU

ANEXO C – Recurso extraordinário n. 451142/RN

Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário n. 351142/ RN

EMENTA:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ISONOMIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. LESÃO TEMPORÁRIA. NOVA DATA PARA O TESTE. INADMISSIBILIDADE.

1. Mandado de segurança impetrado para que candidata acometida de lesão muscular durante o teste de corrida pudesse realizar as demais provas físicas em outra data. Pretensão deferida com fundamento no princípio da isonomia.

2. Decisão que, na prática, conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Benefício não estendido aos demais candidatos. Criação de situação anti-isonômica.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 31 de maio de 2005.

MINISTRA ELEN GRACIE
Relatora

VOTO:

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): Colho dos autos que a recorrida submeteu-se ao exame de aptidão física para o cargo de Escrivão de Polícia Civil, composto de quatro etapas: corrida, salto em distância, salto em altura e flexão abdominal. Durante a realização do primeiro teste, sofreu uma distensão muscular que a impossibilitou de continuar na prova. Impetrou, por isso, o presente mandado de segurança para que pudesse realizar esta etapa do certame em outra data.

O Tribunal *a quo*, com fundamento no princípio da isonomia, afastou norma do edital do certame na qual consta que *"os casos de alteração psicológica ou fisiológica temporária que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física de candidatos, não serão levados em consideração, não sendo dispensado nenhum tratamento privilegiado"*.

Justificou sua posição nos seguintes termos *in verbis*:

> *"Fechar a porta aos candidatos portadores de 'alterações fisiológicas temporárias', sem uma avaliação específica de cada caso, implica em negligenciar o princípio da igualdade, que manda, conforme destacado acima, dispensar tratamento desigual para os desiguais. Uma alteração fisiológica, ainda que temporária, pode ser suficiente para configurar uma situação especial que, se desconsiderada, compromete o princípio da igualdade."*

Na realidade, ao acolher a pretensão da recorrida, a Corte de origem conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Por isso, longe de dar efetividade ao princípio ora em discussão, ofendeu o princípio da impessoalidade, com a criação de um benefício não estendido aos demais candidatos.

É certo que o princípio da isonomia pressupõe a criação de distinções entre pessoas que estejam em situações diversas, contudo esta discriminação precisa basear-se em pressupostos genéricos e impessoais. O afastamento da disposição editalícia ora em debate premiou a impetrante em detrimento dos demais candidatos que não lograram aprovação no mesmo exame.

Diante do exposto, **conheço** do recurso e **lhe dou provimento**, para cassar a segurança concedida. Custas *ex lege*.

ELEN GRACIE

ANEXO D – Apelação Cível n. 2001 01 1 024686-8

Tribunal de Justiça do Distrito Federal: Apelação Cível nº 2001 01 1 024686-8

EMENTA:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE PENITENCIÁRIO – EXAME MÉDICO – CANDIDATO PORTADOR DO VÍRUS HIV – ELIMINAÇÃO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA – DESPROVIMENTO À UNANIMIDADE.

I – A Lei Distrital nº 1.898/98 veda a exigência do exame para detecção do vírus HIV aos candidatos a emprego (art. 7º). Tal procedimento discriminatório, ademais, encontra óbice na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe a exigência do teste de HIV nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

II – O ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal é regulado pela Lei Federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, cujo art. 5º estabelece: "Art. 5º o ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente".

III – Na hipótese em que se verifica que o ato administrativo consubstanciado na desclassificação de candidato portador do vírus HIV do concurso público se apartou da legalidade, a medida que se impõe-se é a concessão da segurança.

IV – Recurso conhecido e desprovido à unanimidade. Sentença mantida, também em razão do reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da TERCEIRA TURMA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, WELLINGTON MEDEIROS - Relator, JERONYMO DE SOUZA - Revisor, VASQUEZ CRUXÊN - Vogal, sob a presidência do Desembargador VASQUEZ CRUXÊN, em CONHECER DO RECURSO E A ELE NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 2 de setembro de 2002.
DESEMBARGADOR WELLINGTON MEDEIROS
Relator

VOTO:
O Sr. WELLINGTON MEDEIROS :

Conheço do recurso, presentes os pressupostos que autorizam sua admissibilidade. Verificada, outrossim, a hipótese prevista no inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil, passo simultaneamente ao reexame necessário da r. sentença monocrática e à apreciação do apelo.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação de sentença concessiva de segurança impetrada por R. L. DE M. F. contra ato do DIRETOR DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL que o considerou inapto na fase de avaliação médica do processo seletivo para o cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, por ser portador do vírus HIV, desde 1996.

Compulsando os autos, verifico que, realmente, o ato administrativo combatido apartou-se da legalidade.

Com efeito, a Lei Distrital nº 1.898/98, em seu art. 7º, veda a exigência do exame de HIV aos candidatos a emprego. Ademais, tal procedimento discriminatório encontra óbice, também, na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe tal exigência nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

Assim, tenho que a r. sentença merece subsistir, como reconheceu a douta Procuradoria de Justiça, ao endossar o parecer exarado pela ilustre Promotoria de Justiça, cujos fundamentos peço vênia para colacionar, in verbis:

"A Constituição, em seu art. 37, inciso II, estabelece o seguinte: 'Art. 37. II. 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. [sem grifo no original]'. Verifica-se, pois, que a Carta Magna deixou para a lei a tarefa de fixar as condições a serem cumpridas para o ingresso no serviço público, seja da União ou das unidades da Federação. No Distrito Federal, como é cediço, em face do comando da Lei local nº 197/91, adotou-se o texto original da Lei federal nº 8.112/90 para viger até que fosse elaborada e editada uma lei local para regulamentar o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal. Entretanto, em relação aos policiais civis, em face do comando da Lei Orgânica do DF (artigo 117, parágrafo 1º) restou previamente estabelecido qual seria o critério de admissão nas carreiras dos órgãos ligados à Segurança Pública do DF, *in verbis*: 'Art. 117. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida nos termos da legislação pertinente para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio pelos seguintes órgãos, relativamente autônomos, subordinados diretamente ao Governador do Distrito Federal:

I – Polícia Civil;
II – Polícia Militar;
III – Corpo de Bombeiros Militar;
IV – Departamento de Trânsito.
§1º. O ingresso nas carreiras dos órgãos de que trata este artigo dar-se-á por concurso de provas ou de provas e títulos, provas psicológicas e curso de formação profissional específico para cada carreira.
§ 2º. Durante o curso de formação profissional de que trata o parágrafo anterior, o pretendente à carreira terá acompanhamento psicológico, o qual se estenderá pelo período do estágio probatório'. [sem grifo no original]

Ademais, sobre o ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal, veio a lume a Lei federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, que dispôs da seguinte forma:
'Art. 5º. O ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, **observados os requisitos previstos na legislação pertinente**'. [sem grifo no original]

Sem embargo da discussão que se poderia instalar sobre a constitucionalidade da disposição da Lei Orgânica neste particular, verifica-se, então, que é o regime jurídico peculiar aos policiais civis do Distrito Federal (Lei federal n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965) que regulamenta o ingresso na carreira policial civil.

A Lei federal nº 4.878/65 estatui em seu artigo 9º, inciso VI, que é requisito para a matrícula na Academia Nacional de Polícia, ou, em linguagem atual, para a matrícula no curso de formação profissional específico de cada carreira, gozar de boa saúde, física e psíquica, comprovada em inspeção médica.

No presente caso, o impetrante entende que a exigência de exame de sorologia positiva para o vírus da imunodeficiência adquirida não acarretaria prejuízo para a capacidade laboral do seu portador.

Depois de detida análise do caso, o Ministério Público entende que o impetrante tem razão, senão vejamos:

O Edital do certame dispõe no item 5.20 sobre o exame biométrico e a avaliação médica (fl. 101). Diz o item 5.20.3 do Edital: 'O Exame biométrico e a avaliação médica destinar-se-ão à constatação, mediante exame físico e análise dos testes e dos exames laboratoriais solicitados, de doenças, de sinais e/ou de sintomas que inabilitem o candidato, segundo os critérios a seguir:

a) GERAIS: defeitos físicos, congênitos e/ou adquiridos, com debilidade e/ou perda de sentido ou de função; cirurgias mutiladoras; neoplasias malignas; doenças crônicas e/ou agudas incapacitantes;

b) ESPECÍFICOS: sopros, arritmias cardíacas; hipotensão ou hipertensão arterial que esteja acompanhada de sintomas possua caráter permanente e/ou dependa de medicação para o seu controle; vasculopatias evidentes ou limitantes; hérnias; marcha irregular e/ou uso de aparelhos ortopédicos; grandes desvios da coluna vertebral; artropatia crônica; redução dos movimentos articulares; doenças ósseas; distúrbios importantes da mímica e da fala; arritmia cerebral; distúrbios da sensibilidade táctil, térmica e/ou dolorosa; incoordenação motora, bem como **doenças incuráveis**. [sem grifo no original]

Percebe-se, sem qualquer esforço, que o Edital veda que o candidato ao cargo sofra de doença incurável, entretanto, nada diz a respeito do candidato que, embora contagiado por vírus que pode levar ao desenvolvimento de doença incurável, não esteja acometido da doença.

Assim sendo, constata-se que a exclusão do impetrante do concurso sem que o mesmo esteja acometido de doença incurável mostra-se ilegal, muito embora o mesmo possa até a vir desenvolver, no futuro, a doença da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS), doença incurável.

O ato atacado, portanto, deve ser anulado, porquanto praticado com desvio de poder, eis que foi além do que o próprio Edital permite.

Ademais, a Portaria Interministerial nº 869, de 11 de agosto de 1992, oriunda dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Administração, realmente proíbe que a Administração Pública Federal exija o exame de detecção do vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida em exames de saúde pré-admissionais e periódicos. Ora, sendo a Polícia Civil do Distrito Federal organizada e mantida pela União (Constituição, artigo 21, inciso XIV,), dúvida alguma pode haver de que a referida Portaria tem aplicação no âmbito da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. Saliente-se, por oportuno, que o Distrito Federal tem assegurado apenas a utilização das polícias civis e militares e do corpo de bombeiros militar (Constituição, artigo 32, § 1º)."

Da jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo colhe-se a seguinte ementa, aplicável, *modus in rebus*, à espécie em julgamento:

"Mandado de segurança – Objetivo – reincorporação de policial militar à AcademIa de Polícia – Admissibilidade – Afastamento de nítido caráter discriminatório – impetrante portador do vírus hiv – ofensa ao princípio da isonomia – aptidão física demonstrada – atestado que revela condições plenas de saúde – doença não manifesta – exigência de teste sorológico, ademais, descabida em exames pré-admissionais – sentença concedida – voto venciDo.

A exigência do teste sorológico nos exame pré-admissionais é descabida e discriminatória, caracterizando interferência indevida na intimidade dos trabalhadores. Além disso, o

soropositivo para o HIV não é doente, diferente do portador de AIDS, que manifesta a doença.” [APC 216.708-1, São Paulo, Relator Des. Mattos Faria, CCIV 3 – M.V. – 8.11.94]

Em conclusão, o ato administrativo consubstanciado na eliminação do Impetrante do concurso público apartou-se da legalidade, merecendo subsistir a r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com essas considerações, conheço do recurso de apelação e a ele **nego provimento**, também em razão do reexame necessário.

É o meu voto.

WELLINGTON MEDEIROS

ANEXO E – Mandado de Segurança n. 2004.016207-3

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Mandado de Segurança n. 2004.016207-3.

EMENTA:

CONCURSO PÚBLICO - CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO DO QUADRO COMBATENTE DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA - EXAME DE AVALIAÇÃO FÍSICA - CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA CANDIDATOS INTEGRANTES DA CORPORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - LESÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Considerando que a finalidade precípua da norma constitucional que determina a realização de concurso público para o ingresso nos quadros funcionais da Administração Pública em geral é, justamente, prestigiar o princípio da isonomia, é flagrantemente ilegal a exigência de Edital de concurso que estabeleça critérios diferenciados para a avaliação dos candidatos em razão de suas características subjetivas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2004.016207-3, da Comarca da Capital, em que é impetrante Eduardo Heidemann Mafra, e impetrado o Sr. Secretário de Estado de Segurança Pública de Santa Catarina:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a segurança para determinar à autoridade coatora que considere o impetrante "apto" na avaliação física exigida pelo Edital n. 004/CESIP/2003.

Custas na forma da lei.

DESEMBARGADOR. NICANOR DA SILVEIRA
Relator

VOTO
O SR. NICANOR DA SILVEIRA:

Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de ver reconhecida a ilegalidade da decisão administrativa que desclassificou candidato de concurso público destinado ao preenchimento do cargo de sargento da Polícia Militar de Santa Catarina, em face de ter a mesma sido fundamentada em critérios discriminatórios.

Inicialmente, tenho que deve ser analisada a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pela autoridade impetrada.

Conforme ensinança de Hely Lopes Meirelles:

"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas: executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela" (Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data. Malheiros, 2003, 25ª ed. atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 59).

De fato, a autoridade coatora caracteriza-se pela competência que deve deter para o desfazimento do ato atacado, em caso de eventual determinação judicial.

Pois bem, no presente caso, verifica-se que o Edital foi expedido pelo próprio Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão (fl. 44), devendo o mesmo,

por certo, permanecer no pólo passivo do writ como autoridade coatora, visto que possui o dever de cumprir a ordem postulada.

Melhor sorte não assiste à decadência da impetração suscitada pela autoridade.

A questão acerca da prevalência da não impugnação ao Edital no momento oportuno para a definir o termo inicial do lapso decadencial já foi há muito superada pela jurisprudência pátria, já se tendo decidido que: "O prazo decadencial de 120 dias para ajuizamento da ação de mandado de segurança se inicia com a efetiva ofensa ao direito subjetivo do impetrante. A norma contida no Edital sobre o exame psicotécnico, per se, não concretizou violação a esfera jurídica do impetrante. A ofensa sobreveio concretamente quando da ciência do resultado." (Resp. 40735/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, Dj. 28.08.95).

Ora, tendo o exame físico contra o qual se insurge o impetrante sido realizado em 05.06.2004, conforme se verifica a partir do documento de fls. 104/105 acostado aos autos pela própria autoridade coatora, e o mandamus impetrado em 22.06.2004, é fácil perceber que não decorreu o prazo decadencial.

Passo, pois, a análise do mérito.

O impetrante afirma que foi reprovado no Exame de Avaliação Física, basicamente, porque, na qualidade de soldado da Polícia Militar de Santa Catarina, foi-lhe exigido correr 3200 metros em 15 minutos e 11 segundos, enquanto para os candidatos não pertencentes aos quadros da corporação o tempo mínimo era de 16 minutos e 56 segundos, sendo que conseguiu fazer o percurso em15 minutos e 31 segundos.

Com efeito, o Edital n.º 004/CESIEP/2003, item 4.13, "Exame de Avaliação Física", estipula o seguinte:

"4.13.2. Para realizar o Exame de Avaliação Física, conforme tabela de Avaliação Física (Anexo V), o Candidato deverá apresentar-se em traje adequado, para melhor desempenho neste certame;

4.13.3. Será inabilitado o Candidato que obtiver menos de 200 (duzentos) pontos na soma das provas, ou que não alcançar 20 (vinte) pontos em qualquer uma delas, conforme Tabela de Avaliação Física;

4.13.4. Para candidatos da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, o Exame de Avaliação Física será realizado de acordo com teste de avaliação física em vigor na PMSC;" (fl. 40)

Em complemento, o Anexo V fixa o seguinte tempo: "CORRIDA - 1656 - 1705- até 24 anos - 20 pontos" (fl. 50)

Já a "Tabela de Avaliação Física do Policial Militar" estabelece: "CORRIDA - 15:11 - 15:25 - até 24 anos - 20 pontos" (fl. 60)

Com isso, clara a diferença de critérios utilizados para a realização da prova "corrida", entre Policiais Militares de Santa Catarina e os demais candidatos, ou seja, para obter os 20 pontos necessários para ser declarado "apto", o candidato de até 24 anos, como o impetrante, deverá correr os 3.200m, em até 17'05" (pela tabela constante no anexo V do Edital) ou no máximo em 15'25" se for integrante da Polícia Militar.

A autoridade impetrada não refuta a impugnada diferença nos critérios de avaliação entre os candidatos pertencentes à Corporação e os candidatos civis, limitando-se a afirmar apenas que "a adoção de critérios mais rígidos aos candidatos membros da Corporação encontra, sim, sustentação fática." (fl. 97).

Entre os documentos acostados aos autos pela autoridade impetrada, figura o atestado de fl. 106, de onde se pode verificar que o impetrante foi considerado INAPTO no exame de avaliação física por não ter alcançado a performance mínima exigidapela Tabele de Aplicação do Exame Físico do Policial Militar em vigor na Corporação, eis que percorreu os 3.200 metros em 15'25" (quinze minutos e vinte e cinco segundos).

Cotejando o resultado atingido pelo candidato e a exigência constante no anexo V do Edital antes referida, torna-se patente que o mesmo foi prejudicado em função da sua condição de Policial Militar.

Discorrendo acerca dos concurso públicos, leciona Hely Lopes Meirelles:

"Desde que o concurso visa a selecionar os candidatos mais capazes, é inadmissível e tem sido julgada inconstitucional a concessão inicial de vantagens ou privilégios a determinadas pessoas ou categorias de servidores, porque isto cria desigualdade entre os concorrentes. (...)

A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público." (Op. Cit., pp. 414/415).

Assim, considerando que a finalidade precípua da norma constitucional que determina a realização de concurso público para o ingresso nos quadros funcionais da Administração Pública em geral é, justamente, prestigiar o princípio da isonomia, é flagrantemente ilegal a exigência de Edital de concurso que estabeleça critérios diferenciados para a avaliação dos candidatos em razão de suas características subjetivas.

Não é outro o entendimento prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PUBLICO. EDITAL. DIFERENCIAÇÃO DE PONTOS, NA FASE CLASSIFICATORIA, PARA OS CANDIDATOS JA SERVIDORES DA SEF. PRINCIPIO DA ISONOMIA FERIDO.

- Os candidatos-impetrantes, que foram aprovados na fase eliminatória, detém interesse de agir.

- o mandado de segurança foi impetrado dentro do prazo decadencial, que iniciou com a efetiva ofensa ao subjetivo.

- o indigitado subitem do edital, de caráter discriminatório, feriu o principio da isonomia, uma vez que concede pontos diferenciados para dois tipos de categorias de candidatos aprovados e já servidores da SEF, em gritante vantagem em relação aos candidatos não-servidores.

- recurso que se conhece e a que se da provimento, em relação aos impetrantes aprovados na 1a. fase. (RMS 7940/MG ; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Dj 14.04.1997) (grifei).

Assim, considerando que restou devidamente comprovada nos autos a discriminação entre os candidatos já integrantes da Corporação e os civis, com flagrante prejuízo àqueles, inegável a existência do direito do impetrante.

Ante o exposto, é de se conceder a segurança para determinar à autoridade coatora que considere o impetrante "apto" na avaliação física exigida pelo Edital nº 004/CESIP/2003.

III -DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, decide o Grupo, por votação unânime, conceder a segurança para determinar à autoridade coatora que considere o impetrante "apto" na avaliação física exigida pelo Edital nº 004/CESIP/2003.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Volnei Carlin, Vanderlei Romer, Cesar Abreu, Jaime Ramos e Sônia Maria Schimitz.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 08 de junho de 2005.

NICANOR DA SILVEIRA

ANEXO F – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7940/MG

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário Em Mandado De Segurança 7940/MG

EMENTA:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. DIFERENCIAÇÃO DE PONTOS, NA FASE CLASSIFICATÓRIA, PARA OS CANDIDATOS JÁ SERVIDORES DA SEF. PRINCÍPIO DA ISONOMIA FERIDO. - Os candidatos-impetrantes, que foram aprovados na fase Eliminatória, detêm interesse de agir. - O mandado de segurança foi impetrado dentro do prazo decadencial, que iniciou com a efetiva ofensa ao direito subjetivo. - O indigitado subitem do edital, de caráter discriminatório, feriu o princípio da isonoinia, uma vez que concede pontos diferenciados para dois tipos de categorias de candidatos aprovados e já servidores da SEF, em gritante vantagem em relação aos candidatos não-servidores. - Recurso que se conhece e a que se dá provimento, em relação aos impetrantes aprovados na 1ª fase.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na confomúdade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento em relação aos candidatos aprovados na primeira fase do concurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros FELIX FISCRER, EDSON VIDIGAL, JOSE DANTAS e CID FLAQUER SCARTEZZINL Brasília,04 de março de 1997 (data de julgamento).

MINISTRO JOSE ARNALDO
Relator

VOTO:

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (RELATOR): apelo merece ser conhecido e provido. Tem inteira pertinência a irresignação dos recorrentes. Saliento, inicialmente, que os mais de 300 candidatos-impetrantes não foram todos reprovados como tratou o acórdão. Nota-se que o em. Desembargador Roney Oliveira, relator do mandamus, assim já havia declarado:

“Em assim sendo, acolho a proposição constante do item 3.14 dos informes da Sra. Diretora Geral do JEDRHU (lis. 948) e dou por “prejudicada a imnetração em relação aos impetrantes que não foram aprovados” nas etapas eliminatórias do concurso, consoante relação publicada no órgão oficial de 3.1.96 e reproduzido no documento defis. 949/53. Resta saber se os demais impetrantes (em número de 197), que ultrapassaram as barreiras eliminatórias e chegaram à fase classificatória, fariam jus à segurança...”

Daí, começou a entrar no mérito da questão, com a conclusão pela denegação da segurança, quando o Desembargador Schalcher Ventura pediu vista dos autos (II. 980). A partir de então, tomou-se este posicionamento de que os impetrantes foram todos reprovados. Depois, importa saber que o mandado de segurança foi tempestivamente impetrado (14.12.95 - II. 2), tendo o edital sido publicado aos 18 dias do mês de aost

Daquele mesmo ano (fl. 49). Ressalto, também, a posição que esta Eg. Corte já acolheu, no REsp 40.735DF, DJ 28.08.95, relator o Exmo. Sr. Ministro Adhemar Maciel: “...o prazo decadencial de 120 dias para ajuizamento da ação de mandado de segurança se inicia

com a efetiva ofensa ao direito subjetivo do impetrante. A norma contida no edital sobre o exame psicotécnico, per si, não concretizou violação à esfera jurídica do impetrante. A ofensa sobreveio concretamente quando da ciência do resultado..." Aplicando-se, analogicamente, a decisão supra à esta, o prazo decadencial do inandamus começaria a fluir quando do resultado do concurso - publicado no "Minas Gerais" em 03/O 1/96 - fis. 956 e segs., porque os candidatos ultrapassaram a barreira eliminatória para chegar à classificatória, onde se efetivaria a pontuação mais elevada para os servidores do SEF em desigualdade à condição dos impetrantes não servidores.

No mérito, razão assiste aos recorrentes.

O discutido Edital versava sobre concurso público para provimento de cargos da classe de agente fiscal de tributos estaduais (AFTE) do quadro permanente de tributação, fiscalização e arrecadação do Estado de Minas Gerais. O indigitado subitem, assim dispôs: "3.12 - O candidato aprovado nas provas terá, quando for o caso, seu tempo de serviço na SEF, até a data da publicação deste Edital, pontuando na proporção a seguir..." Aí, em verdade, fez-se uma real discriminação, com evidente prerrogativa para os integrantes da SEF. "Assim, quem não é servidor da SEF pode no máximo atingir 100 pontos. O servidor da SEF pode chegar a 107,5, o que desequilibra qualquer resultado e é implicitamente admitido pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado da Fazenda (fis. 925), quando diz ...essa "vantagem" não passaria de 7,5 pontos". Só que essa "vantagem", que não é título e não traz a característica da generalidade, desequilibra qualquer disputa" (trecho extraído do voto-vencido, fi. 993).

Hely Lopes Meirelles, em sua obra intitulada "Direito Administrativo Brasileiro", já adverte:

"A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento. desde que o faca com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público." (grifei).

Transcrevo trechos do voto do em. Des. Schalcher Ventura, vencido no mandamus:

Compete ao Judiciário ver jficar afronta aos princípios constitucionais maiores e, no meu parco entender, o subitem 3.12 do edital é inconstitucional, por não ser isonómico (art. 5o caput e 3 7-1, 11 - CF/88).

Sem dúvida a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais. Ocorre que os desiguais são iguais como candidatos ao concurso e a pontuação diferenciada para alguns quebra a igualdade, propiciando uma forma de seleção interna com nova roupagem.

A forma estabelecida criou três categorias de candidatos: o externo sem direito a pontuação extra; o interno com pontuação máxima e o interno com pontuação minorada.

"O princípio da isonomia foi atingido diretamente e o da moralidade administrativa indiretamente ao procurar proteger diferenciadamente o pessoal da SEF...".” (II. 994).

Assim, meu voto é pelo provimento do presente recurso, levando-se conta somente para aqueles impetrantes devidamente aprovados no processo eliminatório.:

JOSÉ ARNALDO

ANEXO G – Recurso em Mandado de Segurança n. 18.401-PR

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança Nº 18.401 - PR (2004⁄0077745-2)

EMENTA:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL - DEFICIÊNCIA VISUAL - RESERVA DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - PRETERIÇÃO DO CANDIDATO EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO FÍSICA - INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. Reconhece-se como discriminação legal em concurso público a chamada reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais, prevista no art. 37, inciso VIII, CR⁄88; no art. 2º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 7.853⁄89; no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90, e no art. 37 do Decreto nº 3.298⁄99.

2. Se a lei e o edital previram a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais e se a autoridade coatora aceitou a inscrição e submeteu a candidata a exames objetivos, não há motivo para não nomea-la, pela simples alegação de sua limitação total da visão.

3. O serviço público deve ser tecnologicamente aparelhado para o desempenho de atividades por agentes portadores de necessidades especiais, para atender ao princípio da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 04 de abril de 2006.

MINISTRO PAULO MEDINA

Relator

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO MEDINA:

A despeito de ainda se encontrar certa divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do concurso público, a maior e expressiva parte da doutrina o reconhece como espécie de licitação. Nesse caminho, é cediço que a instauração do procedimento licitatório do concurso público dá-se por meio do edital, que, segundo as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, in "Curso de Direito Administrativo". 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 536, corresponde ao: "ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado"

Salienta o autor que o ato convocatório do certame "estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas" e "regula os atos e termos processuais do procedimento", entre outros.

Assim, pelo chamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impende ressaltar que a Administração Pública fica, estritamente, vinculada às normas e condições previamente definidas no edital, não podendo, no curso do procedimento licitatório, criar novas regras ou das que antecipadamente previu se afastar.

FABRÍCIO MOTTA, in Princípios Constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. Revista Interesse Público. Ano 5. N 27. Set/Out 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. p. 31/54, observa que:

"o instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos."

Dentre os princípios informadores do instituto do concurso público, destacam-se o princípio democrático, o princípio da eficiência e o princípio da isonomia.

Nesse sentido, como conciliar esses princípios (democracia, eficiência e isonomia), em face de algumas discriminações previstas e admitidas por lei, pela doutrina e pela jurisprudência, em edital de concurso público?

Penso que o concurso público deve possibilitar a participação de todos aqueles que se enquadram nas disposições e condições estabelecidas no ato convocatório, de forma que se atenda, assim, ao princípio da democracia.

Urge que ele seja conduzido de modo totalmente objetivo, sem o favorecimento de determinados candidatos, nem a perseguição de outros, conforme reza o princípio da isonomia.

Ao mesmo tempo, em atenção ao princípio da eficiência, o concurso público visa a seleção dos candidatos que revelem possuir os maiores méritos (capacidade intelectual, habilidades e aptidões), para o exercício das funções estatais, estas concebidas, por certo, de forma individualizada e específica.

Cumpre, ainda, ressaltar, segundo a atual jurisprudência e a melhor doutrina, que a igualdade que se exige, em concurso público, não deve ser analisada do ponto de vista formal, como a prevista no "caput", do art. 5º, CR/88, ou seja, "a igualdade de todos perante a lei".

Pois, quando a lei trata a todos de forma isonômica, é porque, sob a ótica pragmática, os indivíduos, efetivamente, se distinguem, em razão da cultura, da raça, do sexo, da capacidade econômica, da política, da religião, da aparência física e etc.

Por essa razão, torna-se, muitas vezes, necessário reconhecer essas diferenças e conferir, até certo ponto, um tratamento diferenciado aos indivíduos, a fim de se buscar a chamada igualdade material ou substancial, a única capaz de realizar a verdadeira justiça.

Por outro lado, se é a lei quem iguala os indivíduos, somente ela é capaz de diferenciá-los, segundo os objetivos que persegue. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in "O conteúdo jurídico do princípio da isonomia". 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 47, registra alguns paradigmas para a avaliação da legalidade da discriminação, ou seja, para a promoção de igualdade material ou substantiva:

"I – a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; II – a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" – que não descansa no objeto – como critério diferencial; III – a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV – a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e V – a interpretação da norma extrai dela distinções,

discrimens, desequiparações que não professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita."

Logo, é, prima facie, necessário descobrir se a lei admite determinada discriminação.

Em segundo lugar, é mister identificar o fator de discrimen e, por fim, se o discrimen guarda relação de pertinência lógica com a situação na qual se insere a norma, no caso concreto.

Assim é que se pode reconhecer como discriminação legal em concurso público a chamada reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais, prevista no art. 37, inciso VIII, CR⁄88; no art. 2º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 7.853⁄89; no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90, e no art. 37 do Decreto nº 3.298⁄99.

Se a lei e o edital previram a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais e se a autoridade coatora aceitou a inscrição e submeteu a candidata a exames objetivos, não há motivo para não nomea-la, pela simples alegação de sua limitação total da visão.

Mesmo porque o serviço público deve ser tecnologicamente aparelhado para o desempenho de atividades por agentes portadores de necessidades especiais.

E, atualmente, toda e qualquer função de Auxiliar Técnico pode ser exercida por um deficiente visual, desde que as instalações do trabalho sejam adaptadas à sua condição.

Assim, só se pode reconhecer como inconstitucional, porquanto discriminatória, a nomeação do candidato, portador de deficiência auditiva, em detrimento do provimento da Recorrente no cargo, para o qual foi aprovada e classificada em primeiro lugar.

Posto isso, DOU PROVIMENTO ao recurso, para conceder a ordem à Recorrente.

PAULO MEDINA

ANEXO H – Mandado de Segurança n. 11.983/DF

Superior Tribunal de Justiça: Mandado de Segurança nº 11.983 - DF (2006⁄0136409-1)

EMENTA:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROCURADOR FEDERAL. EDITAL CESPE⁄UnB 1⁄2005. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. CRITÉRIOS ADOTADOS NO EDITAL. NÃO-IMPUGNAÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. LISTA GERAL DE CANDIDATOS APROVADOS E CLASSIFICADOS. INOBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL FIXADO. ART. 37, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, § 2º, DA LEI 8.112⁄90. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. Os impetrantes insurgem-se contra a posição que assumiram, na condição de portadores de deficiência, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital CESP⁄UnB 1⁄2005.

2. Tendo sido homologado o resultado final do certame pelo Advogado-Geral da União, por meio da Portaria 610, de 28⁄6⁄2006, não há falar em sua ilegitimidade passiva ad causam.

3. Os critérios fixados no edital não se mostram impugnados no mandamus, mas, tão-somente, sua efetiva aplicação, considerando, ainda, as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria. Daí a possibilidade de exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, porquanto não envolve aspectos relacionados ao mérito administrativo.

4. Permanece incólume o interesse de agir dos impetrantes diante da retificação na lista geral de candidatos aprovados e classificados, considerando que teria persistido o desacordo com as normas de regência.

5. A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, assegura, para provimento de cargo ou emprego público, reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, conforme a Lei 8.112⁄90 e o Decreto 3.298⁄99.

6. No edital que disciplina o concurso em exame, foram reservadas 14 (catorze) vagas para os candidatos portadores de deficiência, o que corresponde a 5% (cinco por cento) das 272 (duzentos e setenta e duas) previstas, sendo que, ao final, apenas 6 (seis) lograram aprovação.

7. Desse modo, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com média inferior aos demais, deveriam, para dar efetividade à norma constitucional, posicionar-se dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.

8. Segurança concedida em parte para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 e 270, respectivamente, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do certame em tela.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria,

conceder em parte a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Nilson Naves e Paulo Gallotti.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ⁄MG), Felix Fischer e Laurita Vaz.

A Dra. Miriam Veloso Mendonça de Andrade sustentou oralmente pelos impetrantes.

A Dra. Ana Valéria de Andrade Rabelo sustentou oralmente pela União.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2007(Data do Julgamento)
MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

VOTO:
O SR. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Consoante se verifica no relatório, os impetrantes insurgem-se contra a posição final que assumiram, na condição de portadores de deficiência, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital CESP⁄UnB 1, de 17⁄11⁄2005.

Tendo sido homologado o resultado final do certame pelo Advogado-Geral da União, por meio da Portaria 610, de 28⁄6⁄2006, não há falar em sua ilegitimidade passiva ad causam (fls. 118⁄122).

Em relação aos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, ressalto que, no caso, não restou demonstrado ter agido referida autoridade na condição de presidente de órgão colegiado, hipótese em que esta Corte tem entendido não ser competente para julgamento do mandado de segurança, nos termos da Súmula 177⁄STJ:

O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

Outrossim, tem-se que o ato impugnado foi praticado pelo Advogado-Geral da União, que homologou a lista dos candidatos aprovados e classificados do concurso em exame, pouco importando quem, de fato, a elaborou. A circunstância relevante é que referida autoridade, no exercício regular de suas atividades funcionais, aprovou e publicou o resultado final do certame, assumindo a legalidade do ato.

Desse modo, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

A autoridade impetrada, a título de preliminar, defende a falta de interesse de agir, porquanto a pretensão deduzida em juízo foi atendida com a publicação da retificação da Portaria 578, de 28⁄6⁄2006, na qual figura o nome dos impetrantes em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares, respectivamente.

Ocorre que os impetrantes não questionam a lista especial, destinada aos candidatos portadores de deficiência. Impugnam tão-somente a lista geral dos candidatos aprovados e classificados, que teria sido publicada, mesmo com a retificação, em desacordo com as normas de regência. Por conseguinte, permanece incólume o interesse de agir.

No tocante aos argumentos expostos pelo Diretor-Geral do Centro de Seleção e Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE⁄UnB, cabe ressaltar que os critérios adotados no edital, que se situam no âmbito do poder discricionário da Administração, não se mostram impugnados no presente mandado de segurança, mas, tão-somente, sua efetiva aplicação.

Com efeito, os parâmetros adotados pela Administração para selecionar os candidatos não são atacados pelos impetrantes, os quais aderiram às normas editalícias de forma incondicional quando de sua inscrição. Conforme exposto, eles se insurgem contra o resultado final, no qual não teriam sido observadas as normas constitucionais e infraconstitucionais que cuidam da matéria em exame nem o próprio edital do certame.

Assim, não há óbice quanto à apreciação, pelo Poder Judiciário, do pedido formulado no presente mandamus.

Quanto ao mérito, a Constituição Federal resguarda o direito de o portador de deficiência ingressar no serviço público, prevendo a reserva de vagas, consoante preconiza o seguinte dispositivo:

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:

.....

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A Lei 8.112⁄90, por sua vez, define o percentual máximo a ser observado na hipótese, qual seja, 20% (vinte por cento), conforme se verifica abaixo:

Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:

.....

§ 2º Às pessoas portadores de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Por fim, dispõe o Decreto 3.298, de 20⁄12⁄1999, que, no mínimo, deve ser assegurado aos portadores de deficiência o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas disponíveis. Prevê, ainda, a publicação do resultado final em listas distintas. Veja os seguintes dispositivos:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

Art. 41. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

I - ao conteúdo das provas;

II - à avaliação e aos critérios de aprovação;

III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e

IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

Pela leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a Constituição Federal assegura a reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Conforme a Lei 8.112⁄90 e o Decreto 3.298⁄99, os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o total de vagas oferecidas.

A norma constitucional dirige-se aos cargos e empregos públicos, quer dizer, o percentual a que se refere deve incidir sobre as vagas disponíveis. Para tanto, basta ver que a

Lei 8.112/90 é expressa ao preconizar que aos portadores de deficiência "serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso". Ou seja, reservam-se vagas, e não posições na classificação do certame.

Outrossim, os portadores de deficiência – não obstante estejam sujeitos às exigências de concurso público, tais como as relativas à escolaridade, contéudo das provas, nota mínima para aprovação e exames de saúde, por exemplo – figuram em lista própria de classificação, nos termos do art. 42 do Decreto 3.298/99.

Impõe-se registrar, desde logo, que o edital do certame, como não poderia deixar de ser, reproduz o comando contido no art. 42 do decreto em referência, consoante se verifica no item 3.6, que dispõe (fl. 29):

3.6 Os candidatos que, no ato da inscrição, declararem-se portadores de deficiência, se aprovados e classificados no concurso, terão seus nomes publicados em lista à parte e, caso obtenham classificação necessária, figurarão também na lista de classificação geral.

Por conseguinte, embora os portadores de deficiência possam atingir média inferior aos demais candidatos, e ainda ser convocados e nomeados, essa circunstância não demonstra, por si só, preterição. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas de acórdãos:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - MÉDICO VETERINÁRIO - ÁREA VIGILÂNCIA AGROPECUÁRIA - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATA DEFICIENTE PARA CURSO DE FORMAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DOS APROVADOS NO CERTAME E CONSEQÜENTE PRETERIÇÃO DE CANDIDATO COM NOTA FINAL SUPERIOR - INOCORRÊNCIA - NORMAS DO EDITAL OBSERVADAS - CUMPRIMENTO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE PERCENTUAL DE CARGO PÚBLICO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA REGULADA PELA LEI Nº 8.112/90 E PELO DECRETO Nº 3.298/99 - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA.

I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente.

.....

III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

.....

V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação.

VI - Segurança denegada. (MS 8.411/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, Terceira Seção, DJ de 21/6/04)

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO. AFERIÇÃO DE PARÂMETROS DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO. EDITAL 1/2001. CRITÉRIO REGIONALIZADO.

PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE VAGAS EM CADA TURMA DE CONVOCAÇÃO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO. ART. 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, § 2º, DA LEI 8.112/90. ART. 37, § 2º, DO DECRETO 3.298/99. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

.....

2. A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, assegura reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência para provimento de cargo ou emprego público. Nos termos do art. 5º, § 2º, Lei 8.112/90, o percentual máximo a ser observado é de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no certame.

.....

6. Os portadores de deficiência figuram em lista própria de classificação em concurso público. Por conseguinte, não obstante possam atingir média inferior aos demais candidatos, e ainda serem convocados e nomeados, essa circunstância não demonstra, por si só, preterição. Precedente.

7. Segurança denegada. (MS 8.482/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJ de 14/9/05)

É oportuno registrar que a norma constitucional tem por objetivo primordial tratar de forma diferenciada o portador de deficiência, considerando as dificuldades que naturalmente detém, para permitir-lhe o exercício de atividade laborativa, em observância à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, que constituem, entre outros, fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal. Daí a pertinência das normas infraconstitucionais, que estabelecem lista de classificação própria para os portadores de deficiência.

De outra parte, a ordem classificatória em concurso público, ao tempo em que apresenta o desempenho de cada um, conforme a nota obtida, tem como principal finalidade orientar o preenchimento das vagas existentes. Representa a seqüência para chamamento dos candidatos aprovados e classificados. Assim, deve a Administração, para cumprir a finalidade da lei, publicar resultado final que reflita, após a realização de todas as provas previstas e a avaliação dos títulos, exatamente como se dará a nomeação.

No caso, o Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital 1/2005 – CESP/UnB, de 17/11/2005, reservou 14 (catorze) vagas para os candidatos portadores de deficiência, o que corresponde a 5% (cinco por cento) das 272 (duzentos e setenta e duas) previstas (fl. 28).

Consoante o anexo I da Portaria 610, de 28/6/2006, do Advogado-Geral da União, foram aprovados e classificados, no total, 610 (seiscentos e dez) candidatos, sendo 6 (seis) portadores de deficiência (fls. 118/120).

Os impetrantes, DANIELLE JANDIROBA TÉLLEZ e GERALDO LUCIANO GUIMARÃES, alcançaram as notas 63,35 (sessenta e três vírgula trinta e cinco) e 60,60 (sessenta vírgula sessenta), respectivamente. Na lista especial, figuraram em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares. Todavia, na lista geral de candidatos aprovados e classificados, restaram posicionados em 607 (seiscentos e sete) e 608 (seiscentos e oito), respectivamente. Daí a controvérsia, considerando que havia 272 (duzentos e setenta e duas) vagas.

Sustentam, nos termos da emenda à inicial, que, reservando o edital 5% (cinco) por cento das vagas, deveria ser observada a proporção de 1 (um) portador de deficiência para cada 19 (dezenove) candidatos da lista regular, quando da feitura da lista geral de candidatos aprovados e classificados.

Não obstante os argumentos apresentados pelos impetrantes, entendo que a Constituição Federal assegura a reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência, e não determinada proporção a cada número de aprovados como regulares. Em outras palavras,

o percentual legal incide sobre a quantidade de vagas existentes, e não proporcionalmente de acordo com o número de candidatos aprovados, a contar do 1º (primeiro) colocado.

Desse modo, na hipótese, mostra-se incabível a pretensão dos impetrantes de se posicionarem em 60º (sexagésimo) e 80º (octogésimo) lugares, respectivamente, à asserção de que teriam figurado em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares na lista especial.

A prevalecer esse entendimento, seria conferida uma primazia sem amparo legal, na medida em que, na hipótese, o último colocado entre os portadores de deficiência figuraria na posição 120 (cento e vinte), tendo, ainda, 152 (cento e cinqüenta e duas) vagas para os candidatos regulares, com notas superiores.

É oportuno registrar que o raciocínio desenvolvido pelos impetrantes apresentaria plausibilidade jurídica se houvesse 20 (vinte) vagas previstas no edital e o percentual fosse, também, de 5% (cinco por cento), por exemplo, circunstância em que a classificação geral deveria, desde o início, albergar um portador de deficiência a cada 19 (dezenove) candidatos regulares aprovados.

Essa também seria a proporção a ser observada na presente hipótese caso houvesse sido aprovado número superior a 14 (catorze) portadores de deficiência. No entanto, se assim fosse, a proporção seria contada a partir da posição 272 (duzentos e setenta e dois).

De outra parte, há violação a direito líquido e certo dos impetrantes, que merece ser prontamente corrigida.

Com efeito, a lista geral dos candidatos aprovados e classificados questionada, ao apresentar os portadores de deficiência fora do número de vagas previsto, mostra-se ilegal e inconstitucional na medida em que não reflete a ordem definitiva em que se dará a nomeação dos candidatos.

Para tanto, basta concluir que seria inconcebível que, caso fossem chamados para assumirem o cargo em exame tão-somente os candidatos classificados dentro do número de vagas previsto, os portadores de deficiência estariam excluídos, mesmo figurando como aprovados e classificados na lista especial.

Desse modo, no caso, diante da circunstância de que foram aprovados, ainda que com média inferior aos demais, menos candidatos portadores de deficiência física do que o número de vagas para eles previsto, a Administração deveria publicar o resultado final, para dar efetividade à norma constitucional, em que os albergasse dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.

Com efeito, a lista geral dos aprovados e classificados não deve ser elaborada com base tão-somente na nota final, quando há candidatos portadores de deficiência aprovados. Deve refletir fielmente a ordem em que ocorrerá as nomeações.

Desse modo, considerando a aprovação de 6 (seis) candidatos portadores de deficiência, as posições alcançadas pelos impetrantes na lista especial, quais sejam, 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares, e, ainda, o número total de vagas existente, 272 (duzentos e setenta e duas), tem-se que eles deveriam constar nas posições 269 (duzentos e sessenta e nove) e 270 (duzentos e setenta), respectivamente.

Ante o exposto, concedo em parte a segurança para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 (duzentos e sessenta e nove) e 270 (duzentos e setenta), respectivamente, na lista geral de candidatos aprovados e classificados no certame em tela. Custas ex lege. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105⁄STJ.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO NAPOLEÃO MAIA FILHO:

1.Sr. Presidente, para facilitar um cálculo, vamos imaginar que fossem reservadas 50% das vagas para os portadores de deficiência. Se assim fosse, haveria a lista de classificação dos não-deficientes e a lista de classificação dos portadores de necessidades especiais. Então, nomear-se-iam o primeiro, o segundo, o terceiro candidato de cada lista, até terminar. Se não for assim, não se dá eficácia à norma constitucional e está-se permitindo que uma norma infraconstitucional, pior, que a norma de um decreto encurte o alcance da Constituição Federal. O que a Constituição quer é isso o que estou dizendo. Pode até o meu entendimento não ter ficado bem explícito. Assegurar esse tratamento desigual na seleção e não assegurá-lo na nomeação é uma situação enganosa.

2.Se V. Exa. me permite, Sr. Presidente, contarei rapidamente uma história. Quando o Presidente Jimmy Carter, salvo engano, visitou o Paraguai, durante a presidência do General Stroessner, S. Exa. perguntou por que lá não havia eleição. O General Stroessner disse: não, aqui há eleição. E Jimmy Carter perguntou: e tem oposição? O General Stroessner respondeu: tem. E Jimmy Carter perguntou: e tem candidato? O General Stroessner respondeu: tem. E Jimmy Carter perguntou: e por que V. Exa. sempre ganha a eleição? O General Stroessner respondeu: porque aqui, Presidente, a eleição ocorre em duas etapas; há a fase da votação e a fase da apuração. A oposição, às vezes, ganha na votação, mas na apuração quem ganha sou eu. É isso, mais ou menos. Os portadores de deficiência concorrem privilegiadamente na seleção, mas, na nomeação, são colocados no universo geral.

3.Por tais razões, concedo a ordem neste mandado de segurança para assegurar que, tão logo se complete a percentagem dos não-deficientes, o primeiro portador de deficiência seja nomeado, quer dizer, quando forem nomeados dezenove, nomeie-se um deficiente; mais dezenove, mais um deficiente, e assim por diante, até final.

VOTO:

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO):

Sr. Presidente, fica-se em uma situação difícil quando há posições lúcidas, inteligentes e bem embasadas. Mas entendo que a questão foi mal posta. Não há dúvida de que o legislador constituinte quis assegurar ao portador de deficiência um privilégio no sentido dado pelos latinos: privus, us e lex, legis. A lei privada, a lei do particular, a situação particular concreta. Mas não o concedeu a ele.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho está oferecendo uma solução que seria razoável. Todavia, entendo que se trata de hipótese de lege ferenda.

Enquanto a lei assim não dispor, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, concedendo em parte a ordem em mandado de segurança para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições nºs 269 e 270, respectivamente, da lista geral de candidatos aprovados e classificados no certame em tela. Custas na forma da lei, não havendo honorários conforme a Súmula nº 105.

ANEXO I – Recurso Especial n. 331.788/RS

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial Nº 331.688 - RS (2001⁄0093843-0)

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. DEFICIENTE FÍSICO. ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 5º, § 2º, DA LEI Nº 8.112⁄90. RESERVA DE VAGAS. OBRIGATORIEDADE.

-A inércia do administrador público em não reservar percentual de vagas destinadas a deficiente físico, providência determinada pelo artigo artigo 37, VIII, da Constituição Federal e regulamentado pelo artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90, não pode obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado aos candidatos de concurso portadores de deficiência.

-Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 20 de março de 2003 (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI

Relator

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Discute-se nos presentes autos a aplicação do contido no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, e no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90, que dispõem sobre a reserva de vagas, nos concursos públicos, aos portadores de deficiência.

Registre-se, inicialmente, que a recorrente não logrou comprovar o dissídio jurisprudencial nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que cuidam da matéria, notadamente por ter deixado de transcrever os trechos dos acórdãos em confronto e não ter efetuado o necessário cotejo analítico das teses supostamente divergentes, bem como por não haver citado os repositórios oficiais de jurisprudência ou juntado cópia dos julgados paradigmas.

Quanto à alínea "a", ao contrário do que sustenta a Escola Agrotécnica Federal de São Vicente do Sul, o acórdão recorrido deu correta aplicação ao dispositivo legal tido por violado, colhendo-se do voto condutor, verbis:

"Segundo a melhor doutrina, o artigo 37, inciso VIII, da CF⁄88, é norma de eficácia contida e isto significa que precisa de regulamentação para adquirir eficácia. Mas o artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90, é a regulamentação necessária para que se possa dar plena validade eficacial ao dispositivo constitucional. Pensar diferente seria alijar e desvirtuar os demais preceitos constitucionais referentes ao deficiente físico.

Para fazer a análise de tais dispositivos, não posso deixar de transcrever parte do parecer do Ministério Público Federal, que assim se manifestou:

'Da análise desses dois artigos, infere-se que enquanto o primeiro cria uma garantia para os portadores de deficiência de forma totalmente genérica, configurando-se nas chamadas normas abertas, segundo J.J. Gomes Canotilho, o segundo cria parâmetros norteadores para aplicação desta garantia com vistas ao atingimento da meta constitucional.

O que interessa ser regulamentado sobre os critérios de admissão do deficiente, e o percentual de cargos e empregos públicos que será destinado para eles, encontra-se claramente aventado na norma infraconstitucional referida, restando à Administração Pública, quando for realizar determinado concurso, verificar, caso a caso, se há compatibilidade entre a deficiência do candidato e as atribuições do cargo, ou determinar previamente no edital todas as exigências que necessitam ser especificadas, desde que, em ambas as hipóteses, não se desobedeça a norma regulamentadora nem a Constituição Federal."

No presente caso, não se discute a compatibilidade da impetrante para o exercício do cargo em questão; portanto, presume-se que tenha as aptidões necessárias, único empecilho a lhe barrar o acesso ao cargo pretendido.

Para reforçar o exposto, é preciso dizer que o próprio edital do concurso prevê as vagas para deficientes físicos, na forma do artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112⁄90 (item 13.6 e subitem 13.6.1 do edital); sendo assim, o próprio órgão admitiu a validade e eficácia de tal norma, não podendo agora se furtar de tal disposição. A sua única omissão foi não referir no edital do aludido concurso que, das 6 (seis) vagas existentes, uma seria destinada aos portadores de deficiência física (20% das vagas) e que, em não havendo estes, seria preenchida pelos demais candidatos.

Sendo a impetrante, segundo se depreende dos autos, a única portadora de deficiência física, é dela a vaga reservada aos portadores de deficiência física, uma vez que foi aprovada no concurso. " (fls. 99⁄100).

Com efeito, o dispositivo constitucional que determinou a reserva de vagas a portadores de deficiência, artigo 37, inciso VIII, foi regulamentado pela Lei nº 8.112⁄90 em seu artigo 5º, § 2º, quando se determinou a reserva de até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso público. Referida providência, como se viu, não foi tomada pela ora recorrente, circunstância que não poderia obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado à recorrida.

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

A-"RMS - CONCURSO PÚBLICO - DEFICIENTE FÍSICO - RESERVA DE VAGAS - OBRIGATORIEDADE.

-Deve o administrador reservar percentual das vagas destinadas a concurso público às pessoas portadoras de deficiência física, nos limites estabelecidos em lei, regulando o acesso quanto à compatibilidade das atribuições do cargo e as deficiências de que são portadoras (CF, art. 37, inciso VIII, e Lei nº 8.112, art. 5º, § 2º).

-Recurso provido."

(ROMS nº 2.480⁄DF, Relator o Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, DJU de 15⁄9⁄1997).

B-CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PUBLICO. VAGA DESTINADA A DEFICIENTE FÍSICO. CONSTITUIÇÃO. ART. 37, INCISO VIII. REGULAMENTAÇÃO. LEI N. 8112⁄90, ART. 5º, PARAG. 2º .

I - Sendo o artigo 37, VIII, da Constituição Federal, norma de eficácia contida, surgiu o artigo 5º, § 2º, do novel Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de lhe proporcionar a plenitude eficacial.

II - Verifica-se, com toda a facilidade, que o dispositivo da lei ordinária definiu os contornos do comando constitucional, assegurando o direito aos portadores de deficiência de se inscreverem em concurso publico, ditando que os cargos providos tenham atribuições

compatíveis com a deficiência de que são portadores e, finalmente, estabelecendo um percentual máximo de vagas a serem a eles reservadas.

III - Dentro desses parâmetros, fica o administrador com plena liberdade para regular o acesso dos deficientes aprovados no concurso para provimento de cargos públicos, não cabendo prevalecer, diante da garantia constitucional, o alijamento do deficiente por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o decisum afrontado que não tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só, por considerar não ter ela definido critérios suficientes.

IV - Recurso provido com a concessão da segurança, a fim de que seja oferecida à recorrente vaga, dentro do percentual que for fixado para os deficientes, obedecida, entre os deficientes aprovados, a ordem de classificação, se for o caso."

(ROMS nº 3.113⁄DF, Relator o Ministro PEDRO ACIOLI, DJU de 27⁄3⁄1995).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

MINISTRO PAULO GALLOTTI

ANEXO J – Recurso Extraordinário n. 227299/MG

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. nº 227299/MG

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada.

Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente.

Brasília, 14 de junho de 2000.

ILMAR GALVÃO
Relator

VOTO:

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): A Lei federal nº 7.853/89 estabeleceu normas gerais sobre o exercício de direitos individuais e sociais por pessoas portadoras de deficiências, determinando, na alínea **d** do inciso III do seu artigo 2º, que ao Poder Público cabe adotar legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em benefício dos deficientes nas entidades da Administração Pública.

No âmbito federal, a Lei nº 8.112/90, no § 2º do artigo 5º, dispõe que serão reservadas, para pessoas portadoras de deficiência, **até 20% (vinte por cento)** das vagas oferecidas em concursos públicos.

Mais recentemente, o Decreto nº 3.298, de 20/12/99, regulamentando a Lei nº 7.853/89, veio disciplinar, na Administração federal, esse direito, assegurando um mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas para portadores de deficiência e **explicitando**, no art. 37, § 2º, que, no caso do percentual resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subseqüente.

A Administração Pública municipal de Divinópolis, por meio da Lei Complementar n° 09/92, estabeleceu uma reserva de 5% das vagas oferecidas nos concursos públicos aos portadores de deficiência, sem regular, entretanto, a situação dos resultados fracionados.

De ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto n° 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subseqüente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa.

Registre-se, por fim, que o artigo 37, inc. VIII, da Carta Magna assegura aos portadores de deficiências percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número total de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos.

Ante o exposto, meu voto conhece do recurso e lhe dá provimento.

ILMAR GALVÃO

ANEXO K – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 636384/DF

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 636384/DF.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME PSICOTÉCNICO EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO A CARGOS PÚBLICOS.

I - Somente por lei se pode sujeitar candidato a exame psicotécnico para habilitação a cargo público. Incidência da Súmula 686 do STF.

II - Agravo regimental improvido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 02 de outubro de 2007.

RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

VOTO:

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão não merece reforma.

O agravante não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

RICARDO LEWANDOWSKI

ANEXO L – Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 25.571

Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 25.571 - MS (2007⁄0261958-7)

EMENTA:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO. LEGALIDADE. PREVISÃO LEGAL. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PODER DE REVISÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1.O exame psicotécnico tem sua legalidade subordinada a três pressupostos necessários: sua previsão legal; a cientificidade dos critérios adotados, (de modo a afastar a possibilidade teórica do arbítrio); e o poder de revisão, (para o fim de evitar qualquer forma de subjetivismo que viole o princípio da impessoalidade na Administração).

2.Esse entendimento tem contado com o beneplácito da jurisprudência desta Corte, que admite a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso.

3.Os requisitos de objetividade, publicidade e recorribilidade foram devidamente respeitados pelo certame, e atendidos pela Comissão Organizadora, o que atesta a legalidade do referido exame.

4.Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília⁄DF, 26 de junho de 2008 (Data do Julgamento).
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relator

VOTO

O SR. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1.O exame psicotécnico tem sua legalidade subordinada a três pressupostos necessários: sua previsão legal; a cientificidade dos critérios adotados, (de modo a afastar a possibilidade teórica do arbítrio); e o poder de revisão, (para o fim de evitar qualquer forma de subjetivismo que viole o princípio da impessoalidade na Administração).

2.Esse entendimento tem contado com o beneplácito da jurisprudência desta Corte, que admite a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso.

3.Os requisitos de objetividade, publicidade e recorribilidade foram devidamente respeitados pelo certame, e atendidos pela Comissão Organizadora, o que atesta a legalidade do referido exame.

4.Agravo Regimental desprovido.

1.O direito de acesso ao serviço público pressupõe a observância de alguns requisitos estabelecidos em lei, que podem ser classificados em objetivos, quando dizem respeito às funções do cargo ou emprego, e subjetivos, que são aqueles que guardam pertinência com a pessoa do candidato, como os exames físico e psíquico.

2.O chamado exame psicotécnico, que se enquadra nos requisitos subjetivos, tem sua legalidade subordinada a três pressupostos necessários: sua previsão legal; a cientificidade dos critérios adotados, (de modo a afastar a possibilidade teórica do arbítrio); e o poder de revisão, (para o fim de evitar qualquer forma de subjetivismo que viole o princípio da impessoalidade na Administração).

3.Esse entendimento tem contado com o beneplácito da jurisprudência desta Corte, que admite a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso. Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS OBJETIVOS. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1.Admite-se a exigência de aprovação em exame psicotécnico para provimento de certos cargos públicos, com vistas à avaliação pessoal, intelectual e profissional do candidato. No entanto, tal exigência deve estar prevista legalmente, ser pautada por critérios objetivos e permitir a interposição de recurso pelo candidato que se sentir lesado, requisitos presentes na hipótese.

(...).

3.Recurso Ordinário improvido (RMS 18.526⁄RR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 09.10.06).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS OBJETIVOS. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT. VIA INADEQUADA.

I.O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que seja possível se exigir, como requisito para a investidura em determinados cargos públicos, a aprovação do candidato em exame psicotécnico, no entanto, é necessário, além da previsão em lei, que a avaliação se dê mediante critérios cientificamente objetivos.

II.In casu, tendo o exame se pautado em critérios objetivos, com publicidade e recorribilidade, verifica-se a legalidade do exame psicotécnico.

III.O mandamus não admite dilação probatória, somente se ajustando ao âmbito de seu cabimento o direito que se mostra líquido e certo, em prova pré-constituída. Recurso desprovido (RMS 18.521⁄RR, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 01.07.05).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. POLICIAL MILITAR. EXAME PSICOTÉCNICO. AUSÊNCIA DE CARÁTER SUBJETIVO. RECORRIBILIDADE DOS TESTES. LEGALIDADE RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO (RMS 14.343⁄GO, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJU 02.12.02).

4.Colham-se, ainda, as seguintes decisões monocráticas: RMS 19.344/DF, Rel Min. NILSON NAVES, DJU 19.02.2008; e RMS 18.578/RR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 13.02.08; e RMS 23.590/AC, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 05.06.07.

5.No caso em tela, verifica-se que o art. 9o., III e parág. único da Lei Estadual 2.518/02 positivou a exigência do exame psicotécnico, com caráter eliminatório, para o concurso de Agente do Sistema Penitenciário do Mato Grosso do Sul.

6.Por sua vez, o item 7 do Edital 01/2006-SEGES/SEJUSP/AGEPEN (fls. 21/26) descreveu, minuciosamente, o procedimento a ser realizado no exame psicotécnico. Neste ponto, vale transcrever, ante a extrema pertinência, o item 7.6:

Os instrumentos utilizados para avaliar o perfil psicológico do candidato, a fim de verificar sua capacidade de adaptação e seu potencial de desempenho positivo, serão definidos segundo parâmetros estabelecidos pela definição do perfil psicológico, adotado como padrão da AGEPEN, por meio das seguintes características e dimensões (nível) respectivas: controle emocional (elevado); ansiedade (diminuída); impulsividade (diminuída); domínio psicomotor (bom); autoconfiança (boa); resistência à frustração (elevada); potencial de desenvolvimento cognitivo (bom); memórias auditiva e visual (boas); controle e canalização produtiva da agressividade (elevados); disposição para o trabalho (elevada); resistência à fadiga psícofísica (elevada); iniciativa (boa); potencial de liderança (adequado); capacidade de cooperar e trabalhar em grupo (adequada); relacionamento interpessoal (bom); flexibilidade de conduta (boa); criatividade (adequada); fluência verbal (bom); sinais fóbicos e disrítmicos (ausentes); atenção concentrada (boa); e percepção de detalhes (elevada). (fls. 21).

7.Já o item 7.6.1 detalha cada um dos requisitos a serem avaliados no exame psicotécnico, apontando todas as características psicológicas que o candidato deveria portar para que fosse habilitado para o cargo disputado e o item 7.7 dispõe, em seu item b, que será considerado não habilitado o candidato que não apresentar perfil psicológico compatível com o descrito no Edital.

8.Assim, demonstrado está o rigor científico da referida etapa do certame, uma vez que todos os parâmetros técnicos foram informados, permitindo que o candidato confronte o resultado a que chegaram os examinadores.

9.Por fim, o item 7.13 garantiu a interposição de recurso administrativo contra o resultado da avaliação psicotécnica, bem como solicitar entrevista devolutiva da contra indicação no prazo máximo de 24 horas após a divulgação do resultado.

10.Tem-se, pois, que os requisitos de objetividade, publicidade e recorribilidade foram devidamente respeitados pelo certame, e atendidos pela Comissão Organizadora, conforme se verifica no laudo do exame psicotécnico acostado à fls. 40/41, que atesta a inaptidão do candidato.

11.Em face dos fundamentos alhures, nega-se provimento ao presente Agravo Regimental.

12.É como voto.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

ANEXO M – Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.883

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.883.

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - IMPUGNAÇÃO AO EXAME PSICOTÉCNICO EM RAZÃO DE ALEGADA SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ESPOSADOS - MODALIDADE DE PROVA ADMITIDA EM LEI - REALIZAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS ESTREITOS LIMITES DA LEGALIDADE E FINALIDADE PÚBLICAS - RECURSO IMPROVIDO - "O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito" (Hely Lopes Meirelles).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível em mandado de segurança n. 4.883, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho - 1o Cartório), em que é apelante Jaqueline Lumena Ferraro, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

ÁLVARO WANDELLI

Relator

VOTO:

O SR. DESEMBARGADOR ÁLVARO WANDELLI:

Não merece prosperar o apelo.

Quanto à preliminar de cerceio de defesa, há que se esclarecer que este não se efetivou, eis que o processamento do mandado de segurança segue o rito estabelecido na Lei n. 1.533/51 e não o procedimento ordinário do Código Buzaid (neste sentido: RJTJESP n. 631/111 e n. 106/107). Há que se ressaltar, além disto, que a impetrante possuía conhecimento da existência e do teor do laudo psicológico, como infere-se no item 10, da exordial (fls. 7), tendo refutado seu conteúdo desde logo na peça inicial. Por fim, cumpre sublinhar que o pedido de "vistas" deu-se após a interposição da apelação, sendo que não foi objeto de indeferimento pelo MM. Juiz de Direito. Afasta-se, portanto, a prefacial avençada.

Quanto ao mérito, extrai-se do escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e à cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

"Não se há de pensar - advertiu a sabendas André Gonçalves Pereira - que a discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.

"Assenta à fiveleta pôr em curso cita literal do magistério devido ao profundo e famigerado mestre português: 'O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação '.

"Discricionariedade, pois, é a margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que este exercite o dever de integrar-lhe, in concreto, o conteúdo rarefeito mediante um critério subjetivo próprio, com vistas a satisfazer a finalidade insculpida no preceito normativo.

"Ocorre, portanto, possibilidade de ação discricionária quando a norma antecipadamente legitima o juízo ou a vontade que vier a ser produzida pela Administração, desde que expendida dentro dos limites de liberdade contidos nos marcos ou referenciais constantes da lei e manifestada em ordem a implementar o específico objetivo público nela consagrado" (In: Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1990, pág. 303).

Subsume-se, do exposto, que a lei outorga à Administração Pública a possibilidade da integração da norma ao caso concreto mediante adoção de critérios subjetivos, desde que não vulnere com isso os limites e a finalidade intrínseca dos textos legais.

Justamente o controle do Poder Judiciário sobre os atos discricionários praticados pela Administração Pública, cinge-se à esta legalidade extrínseca e de finalidade.

Como bem sublinha o ilustre Hely Lopes Meirelles:

"Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos da legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que o encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito" (In: Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 605).

Ora, conclui-se que em se revestindo o ato administrativo de legalidade, inclusive quanto a sua finalidade, não há o Poder Judiciário de intervir quanto ao mérito deste.

Tal é o caso sub examen.

O exame psicotécnico é modalidade de prova que não está expressamente vedado por lei.

Outrossim, o teste psicológico em si, rege-se por padrões de cientificidade, os quais não podem ser olvidados face aos modernos avanços alcançados pela Psicologia e Psiquiatria no que se refere ao estudo das causas e conseqüências do comportamento humano.

A margem de subjetividade que comportam, e reputada à Administração, em se tratando de exame psicotécnico para o fim de habilitar o candidato a certa função pública, insere-se no âmbito da discricionariedade outorgada por lei ao ente público.

Não se evidencia, no presente, ilegalidades que conduzam à anulação ou inadmissão do resultado expresso no laudo elaborado pela Comissão do Exame, tais como suspeição dos seus membros, ausência da formação científica exigida pela modalidade; uso de testes inadmitidos pelo Conselho Médico pertinente, etc.

Perfeito o ato quanto a sua mais estrita legalidade e finalidade públicas, não cabe ao judiciário a interferência para cogitar de sua conveniência, oportunidade ou justiça.

Neste diapasão, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa transcrevemos:

"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PODER DISCRICIONÁRIO. I - O ato administrativo que se inquine de feridor de direitos, passível de mandado de segurança, está incluído no rol daqueles chamados atos discricionários. A execução de tal ato não fere direitos, porquanto observada a conveniência e

oportunidades Administrativa. II - Recurso não conhecido" (Recurso em mandado de segurança n. 774-PE -Rel. Ministro Pedro Acioli - RSTJ 45/470).

Das orientações apontadas, não diverge o entendimento deste eg. Tribunal como se denota pelos arestos da lavra dos ilustres Des. José Bonifácio e Genésio Nolli, verbis:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA -CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA -EXAME PSICOTÉCNICO PREVISTO NO EDITAL - CANDIDATO QUE SE SUBMETE AO TESTE, IMPUGNANDO A SUA EXIGÊNCIA, APÓS REPROVADO - AUSÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. SE O PRÓPRIO CANDIDATO IMPETRANTE ACEITOU AS CONDIÇÕES FIXADAS PELO EDITAL, QUE É A LEI DO CONCURSO, E SE SUBMETEU A REALIZAÇÃO DO EXAME PREVISTO, NÃO TEM SENTIDO INVOCAR FERIMENTO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO COM A EXIGÊNCIA, EM FACE DE RESULTADO DESFAVORÁVEL (Des. José Bonifácio, ACMS n. 2.937).

"MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO -CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO - SEGURANÇA DENEGADA - NÃO CONHECIMENTO.

"A COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO RESTRINGE-SE AO ASPECTO DE LEGALIDADE DO MESMO. FOGE DOS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA A ANÁLISE DO MÉRITO PORQUE, SE ASSIM NÃO FOR, HAVERÁ UMA SUBSTITUIÇÃO DO JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE" (JC, VOL. 39/58). (Acórdão n. 2.645).

Quanto a assertiva de que a impetrante obteve aprovação em primeiro lugar no concurso referido, em nada influi na conclusão da segurança. O edital que regula o certame expressamente prevê na alínela c, do item 6.1, a aptidão no exame psicotécnico como requesito inarredável para a classificação para o cargo almejado. Assim sendo, a rigor, a impetrante não logrou aprovação nas provas exigidas pelo concurso, e, não se encontra, via de conseqüência, classificada para a vaga de técnico criminalístico. Sua posição no certame reveste-se de provisoriedade em decorrência da natureza transitória do deferimento liminar.

Diante do exposto, decide esta Primeira Câmara Civil, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 30 de agosto de 1994.

ÁLVARO WANDELLI.

ANEXO N – Recurso em Mandado de Segurança n. 18.521/RR

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança nº 18.521-RR

EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS OBJETIVOS. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT. VIA INADEQUADA.

I. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que seja possível se exigir, como requisito para a investidura em determinados cargos públicos, a aprovação do candidato em exame psicotécnico, no entanto, é necessário, além da previsão em lei, que a avaliação se dê mediante critérios cientificamente objetivos.

II. In casu, tendo o exame se pautado em critérios objetivos, com publicidade e recorribilidade, verifica-se a legalidade do exame psicotécnico.

III - O mandamus não admite dilação probatória, somente se ajustando ao âmbito de seu cabimento o direito que se mostra líquido e certo, em prova pré-constituída.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Alexander Ladislau Menezes (p/ Rectes)

Brasília (DF), 19 de abril de 2005
MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretendem os recorrentes, com a presente via, ver reconhecida a ilegalidade do exame psicológico realizado no concurso público para prover os quadros da Polícia Civil do Estado de Roraima, alegando que este não teve critérios pré-fixados e objetivos, além de falta de aprovação prévia, pelo Conselho Federal de Psicologia, dos testes psicológicos aplicados.

Não merece reparos a decisão recorrida.

A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido da legitimidade de se realizar exame psicotécnico, com caráter eliminatório, como requisito para a investidura no cargo público.

Porém, é necessário que haja previsão legal para a realização do exame psicológico. Além disso, os critérios de aprovação devem ser definidos de maneira objetiva, para que o candidato não fique à mercê do examinador, evitando-se assim discriminações.

Não se admite, outrossim, que o exame tenha caráter sigiloso e seja irrecorrível, por afrontar as regras que garantem aos candidatos amplo direito de defesa e a publicidade dos concursos públicos.

Nesse sentido tem se manifestado de maneira uníssona a jurisprudência desta Corte:

"(...).

2 - A realização do exame psicotécnico, bem como psicológico, está acobertada não apenas pela legislação (Lei nº 5.117⁄66 – art. 3º), mas, principalmente, pela racionalidade e essência em face dos requisitos necessários à função da carreira policial. Contudo, a subjetividade e o sigilo deste não podem ser aceitos, sob pena de arbítrio por parte do Administrador.

(...).”

(REsp 262384⁄PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 22⁄04⁄2003).

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. CARÁTER SIGILOSO E SUBJETIVO.

A jurisprudência deste Tribunal é mansa no sentido de que a avaliação psicológica feita por meio do discutido exame, ainda que legalmente prevista, não deve ser realizada sigilosamente e de maneira irrecorrível.

Recurso provido.”

(REsp 443602⁄SC, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo, DJU de 31⁄03⁄2003).

“(…).

- A jurisprudência dos nossos Tribunais tem admitido a exigência da aprovação em exame psicotécnico no edital de concurso público para provimento de certos cargos, com vistas a avaliação intelectual e profissional do candidato, desde que prevista em lei, renegando, todavia, a sua realização segundo critérios subjetivos do avaliador, susceptível de ocorrer procedimento seletivo discriminatório.

- Na espécie, ainda que a legislação que disciplina a carreira de Policial Federal exija a aprovação em exame psicotécnico, vedado é seu desdobramento em fase de entrevista restrita às conclusões exclusivas do avaliador, que avalia a aptidão do candidato por meio de critérios subjetivos, passíveis de ocorrência de arbítrio.

(...).”

(REsp 422698⁄RS, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01⁄07⁄2002).

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. CARÁTER SIGILOSO E IRRECORRÍVEL. IMPOSSIBILIDADE.

Embora seja possível se exigir, como requisito para a investidura em determinados cargos públicos, a aprovação do candidato em exame psicotécnico, é necessário, além da previsão em lei, que a avaliação se dê mediante critérios cientificamente objetivos, bem como é vedado o caráter sigiloso e irrecorrível do teste. (Precedentes.)

Recurso conhecido e provido.”

(REsp 347165⁄DF, da minha relatoria, DJU de 25⁄02⁄2002).

“AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS. CARÁTER SIGILOSO E IRRECORRÍVEL. VEDAÇÃO

1. O exame psicotécnico deve adotar critérios científicos objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento das razões de sua reprovação e, permitindo a apresentação de recurso.

2. Negado provimento ao Agravo Regimental.”

(AgRg⁄Ag 354438⁄PR, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 04⁄06⁄2001).

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO.

- Este Superior Tribunal de Justiça tem firmado não só o entendimento da exigência do psicotécnico ante à submissão e aprovação de exame anterior da mesma natureza, mas também a necessidade de que o exame em questão deva ser o mais objetivo

possível, consistente na aplicação de testes de reconhecido e comprovado valor científico, vedada a sua realização de forma sigilosa, irrecorrível e ausente de fundamentação.

- Precedentes.

- Recurso conhecido e improvido."

(REsp 153180/RN, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 05/06/2000).

"RESP - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ESCRIVÃO DE POLÍCIA - EXAME PSICOTÉCNICO - CARÁTER SIGILOSO E IRRECORRÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS.

1 - A exigência de exame psicotécnico em concurso público está condicionada a não aferição de critérios subjetivos, a fim de possibilitar ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado e eventual interposição de recurso.

2 - Com isso, a jurisprudência deste Tribunal veda a realização de exame psicotécnico sigiloso e irrecorrível, impondo-se, ainda, a adoção de critérios objetivos, a fim de evitar arbitrariedades e atos de segregação. Precedentes. (REsp. 153.535 - RN e REsp. 194.544 - CE).

3 - Recurso especial não conhecido."

(REsp 229846/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 06/12/99).

Quanto a alegada subjetividade dos critérios que seriam aplicados na avaliação psicológica, verifica-se pelas regras regentes do certame que o exame psicotécnico foi realizado observando os direitos e garantias dos candidatos acima abordados. Com efeito, os editais do concurso (Edital nº 001/2003, item 6.24, – fls. 56/87 e Edital nº 09/2003, item 5 - fls. 89/128) estabelecem respectivamente:

"item 6. 24 - DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

6.24.1. A avaliação psicológica, de caráter apenas eliminatório, valerá 10 pontos.

6.24.2 A avaliação psicológica terá por objetivo selecionar candidatos que possuam as características de inteligência, de aptidão e de personalidade necessárias ao desempenho adequado das atividades inerentes a cada cargo, inclusive para portar arma de fogo. (grifo nosso).

(...)"

"item 5 - DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

5.1. A avaliação psicológica, de presença obrigatória, terá caráter apenas eliminatório e o candidato será considerado recomendado ou não-recomendado.

5.1.1 Será eliminado do concurso público o candidato considerado não-recomendado na avaliação psicológica e ao candidato considerado recomendado serão atribuídos dez pontos.

5.2. A avaliação psicológica consistirá na aplicação de técnicas e instrumentos psicológicos que avaliam personalidade e aptidões específicas, visando aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes ao cargo, inclusive para portar arma de fogo.

5.3. Será considerado recomendado o candidato que se adequar à profissiografia do cargo.

5.4. Será considerado não-recomendado o candidato que demonstrar inadequação à profissiografia do cargo.

5.5. Os candidatos não-recomendados receberão uma conclusão da avaliação psicológica. No momento do recebimento da conclusão da avaliação psicológica, o candidato marcará a sessão de conhecimento das razões de não-recomendação. O candidato pode ou não contratar um psicólogo inscrito no CRP, o qual deverá comparecer, juntamente com o candidato, à sessão de conhecimentos das razões.

5.5.1. Na sessão de conhecimento das razões, o candidato e o psicólogo contratado receberão um laudo-síntese contendo os resultados do exame. Nessa ocasião, também serão fornecidas explicações sobre o processo. As informações técnicas e relativas ao perfil só poderão ser discutidas com o psicólogo contratado.

5.5.1.1. Caso o candidato opte por não contratar psicólogo, ele poderá comparecer sozinho à sessão de conhecimento das razões. No entanto, não serão discutidos aspectos técnicos da avaliação psicológica..

5.5.1.2. Caso o candidato não concorde com as razões de ter sido considerado não-recomendado, poderá interpor recurso de revisão, a ser respondido pelo CESPE, em formulário específico, a ser divulgado oportunamente.

5.6. O recurso interposto será julgado por uma banca revisora independente da equipe responsável pela avaliação psicológica.

5.7. Não haverá qualquer outro recurso e⁄ou pedido de reconsideração da decisão pela banca revisora." (grifo nosso).

Realmente, conforme se depreende das regras do concurso acima transcritas, afastadas estão as alegações de subjetividade e sigilo, uma vez que tanto o Edital de abertura do processo seletivo quanto os demais editais especificaram claramente os critérios a serem tomados pelos exames psicológicos. Observe-se, também, a previsibilidade de contraditório e ampla defesa contra os resultados do exame psicológico consubstanciados detalhadamente nos itens 5.5, 5.5.1 e seguintes do edital acima transcrito.

Além da previsibilidade de instrumentos garantidores do exercício dos direitos de ampla defesa e contraditório, depreende-se que restou incontroverso que os ora Recorrentes tiveram amplo acesso aos critérios de correção utilizados pelos examinadores e, em virtude disso, interpuseram recurso administrativo. Para que não reste dúvidas, eis as informações prestadas pela autoridade coatora, constante às fls. 203⁄220, tem-se:

"Após tomar ciência das razões de sua inaptidão e de todos os critérios utilizados pela Administração, os impetrantes interpuseram Recurso Administrativo, que foi apreciado pela Banca Revisora composta por psicólogos altamente qualificados e com profundo conhecimento dos testes psicométricos utilizados, independente da equipe responsável pela avaliação psicológica, nos termos do subitem 4.6 do Edital nº 12⁄2003 - PCRR, de 24 de junho de 2003.

(...)

Desse modo, os recursos interpostos pelos candidatos foram devidamente apreciados pela referida Banca, que proferiu pareceres finais confirmando as inaptidões dos impetrantes. Todas as dúvidas quanto às avaliações dos impetrantes foram esclarecidas pela Banca Revisora da avaliação psicológica, quando das respostas dos recursos."

Em vista disso, mostra-se evidente que o teste psicotécnico ao qual os recorrentes foram, concretamente submetidos é legal, devendo ser considerado válido, na medida em que não houve lesão ao direito dos candidatos, pois lhes foi oportunizado o acesso aos critérios de avaliação e de interposição de recurso conforme o entendimento jurisprudencial acima colacionado.

Quanto ao argumento, suscitado pelos Recorrentes, de que os testes aplicados não foram avaliados pelo Conselho Federal de Psicologia e nem recebeu parecer favorável da instituição para a sua aplicação, os ora Recorrentes não lograram provar a obrigatoriedade de que tais testes, para serem utilizados, deveriam passar pelo crivo do Conselho de Psicologia. Para que não reste dúvida, eis trecho do v. acórdão recorrido:

"Quanto à validade da aplicação dos testes psicológicos em fase de avaliação pelo Conselho Federal de Psicologia, parece ser o melhor entendimento o esposado pelo eminente Representante Ministerial, segundo o qual somente os testes psicológicos com avaliação final desfavorável não devam ser aplicados, diferentemente daqueles que estejam em avaliação e

que preencham os requisitos mínimos obrigatórios exigidos para serem reconhecidos como testes psicológicos.

Por outro lado, não houve comprovação, ab initio, por parte do impetrante, de faltar algum dos requisitos retro mencionados como testes psicológicos que lhe foram aplicados." (fl. 300).

Por Fim, tendo em vista a subsistência da controvérsia sobre a necessidade de prévio crivo do Conselho Federal de Psicologia quanto aos testes utilizados no Concurso, ainda mais sobre a alegação de que a aprovação de 02 (dois) dos 06 (seis) testes foram feitos com ressalva, esbarra na impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, restando, portanto, ausente a demonstração inequívoca do direito líquido e certo dos impetrantes.

Neste sentido:

"ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - RMS - PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - INOVAÇÃO RECURSAL - DELEGADOS DE POLÍCIA ESTADUAL - DEMISSÃO - COMPETÊNCIA DE SECRETÁRIO DE ESTADO - DELEGAÇÃO - LEGALIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

I- Verificando-se que parte da fundamentação tecida nas razões do recuso ordinário não foi objeto de discussão perante a Corte a quo, justamente porque não foi assinalada na exordial, impõe-se não conhecer do apelo, quanto a este pormenor, sob pena de restar violado o princípio do duplo grau de jurisdição.

II - Segundo estatui o art. 160 do Estatuto dos Servidores Públicos Policiais Civis do Estado do Tocantins, é competente o Sr. Governador do Estado para aplicar pena de demissão. Todavia, não detendo exclusividade para tal mister, nenhum óbice existe na delegação desta competência, a qualquer tempo, visando aprimoramento da organização administrativa, o que restou efetivado por intermédio do Decreto 568-A⁄98, que atribuiu ao ao Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, a competência para decidir sobre aplicação de pena de demissão.

III - Desta forma, afasta-se a pretensa incompetência do Secretário de Estado para o ato demissório em questão, eis que fez uso de atribuição que lhe foi delegada pelo Sr. Governador do Estado.

IV - A Constituição da República (art. 5º, LIV e LV) consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa. Caracterizado o respeito aos mencionados princípios, não há que se falar em nulidade do processo administrativo.

V- A dilação probatória é incompatível com a ação mandamental, que reclama prova pré-constituída do direito líquido e certo invocado. Desta forma, inaceitável a adoção de tese cujo arcabouço probatório não foi previamente produzido.

VI - Recurso parcialmente conhecido e desprovido." (grifo nosso).

(RMS 12538⁄TO, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 29⁄09⁄2003).

"RMS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD). FRAUDE. INVESTIGAÇÃO PROBATÓRIA. WRIT. VIA NÃO ADEQUADA.

1. Havendo, dentro dos limites que o mandado de segurança permite e autoriza, certeza, pelo teor do julgado recorrido, da ocorrência de fraude na venda de ações, admite-se, através do instituto da desconsideração (disregard), seja ignorada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

2. O acolhimento de tese em contrário, esbarra na necessidade de investigação probatória, vedada em sede de mandado de segurança.

3. Recurso ordinário improvido." (grifo nosso).

(RMS 12873⁄SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 19⁄12⁄2003).

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

FELIX FISCHER

ANEXO O – Apelação Cível n. 2008.025476-2

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Apelação Cível n 2008.025476-2

EMENTA:

ADMINISTRATIVO - POLICIAL CIVIL - CONCURSO PÚBLICO PARA DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL - CANDIDATO REPROVADO EM EXAME PSICOTÉCNICO - APROVAÇÃO PARA O MESMO CARGO EM CONCURSO ANTERIOR - LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO - ILEGALIDADE DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

Se o exame de aptidão psicológica é exigido de qualquer cidadão que pretende portar arma de fogo (Lei n. 10.826/2003, art. 4º, inc. III), por maior razão deve ser exigido do policial, civil ou militar. Verifica-se, pois, que é totalMente legal e imprescindível a realização e aprovação em exame psicotécnico para o ingresso nas carreiras da Polícia Civil.

Não obstante, tendo o candidato já obtido aprovação no exame psicotécnico em concurso anterior, bem como o laudo pericial ter constatado que o servidor está em bom estado de saúde mental, mostra-se desarrazoada a exigência de submissão a um novo exame.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.025476-2, da Comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelado José David Machado:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, confirmar a sentença. Custas na forma da lei.

VOTO

O SR. LUIZ CÉZAR MEDEIROS:

1 Analisada a matéria, conclui-se que a sentença ora recorrida merece ser mantida na íntegra, eis que o culto prolator dispensou o tratamento jurídico adequado à matéria posta à apreciação do Poder Judiciário. Por concordar com os judiciosos argumentos de que se valeu o Magistrado, Doutor Hélio do Valle Pereira, adoto-os como fundamento de meu convencimento e das razões que me levam a negar provimento ao recurso:

"2. A decisão saneadora restringiu, com acerto, a causa de pedir, limitando a discussão do processo ao (des)acerto da decisão administrativa que considerou o autor inapto psicologicamente para a função perseguida.

"3. Sob pena de ofensa ao art. 5º, inc. XXXV, da CF, deve ser considerado possível discutir judicialmente as conclusão de exame psicotécnico. Caso assim não fosse, haveria caso único de soberania na atividade pública.

"Reconhecer discricionariedade é diferente de considerar o ato administrativo absolutamente alheio à indagação quanto à sua racionalidade.

"Apenas por comodidade, não por valor técnico, reitero - para firmar premissas para o enfrentamento do tema de fundo - o que escrevi em outra oportunidade:

" 'Não estão, mesmo hoje, suficientemente demarcados os limites da atividade jurisdicional em relação aos demais Poderes. Questiona-se, em perspectiva eminentemente política, até que ponto deve o Poder Judiciário se imiscuir na análise da conduta dos Poderes Legislativo e Executivo.

"O debate tem nascedouro, é evidente, na interpretação da cláusula constitucional referente à independência e harmonia entre os Poderes, sendo custoso compreender que um deles possa ter atribuição de censura à atividade típica desempenhada pelos outros.

"Todavia, encontra-se esmaecida a separação entre as funções do Estado, ao menos em sua projeção mais ortodoxa. Trata-se antes de vislumbrar a atividade fundamental, pois todos os três Poderes, em menor ou maior escala, não se limitam às funções que lhes servem de denominação. Bem por isso, não se pode encarar a atividade judiciária como limitada à mecânica conduta de aplicação da lei ao caso concreto. Se assim fosse, deixaria de ser um Poder para se transformar em simples departamento do Executivo, com atribuição desenganadamente burocrática. O Poder Judiciário, a exemplo dos demais, detém porção da soberania nacional.

"Outro aspecto essencial é sublinhar que o Poder Judiciário, tanto quanto o Executivo e o Legislativo, possui legitimidade democrática, quer dizer, seus atos são tidos como válidos em razão do mandato popular que lhes é outorgado. Faz-se, aqui, a vulgar confusão entre legitimidade democrática e eleição: "o Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa (típica dos atos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa' (Luiz Flávio Gomes, A Dimensão da magistratura, p. 120. Ainda sobre o tema, Mauro Cappelletti, Juízes legisladores?

"Há de se compreender, também, que os Poderes são constituídos, devendo subserviência à Constituição Federal. As atividades por todos eles desenvolvidas são desdobramentos do compromisso político proposto pela Carta Magna. A Constituição Federal, é certo, não é documento onisciente, com a aptidão para tudo projetar e solucionar. Mas é ali que estão, sempre, os delineamentos principiológicos do Estado. Não se pode imaginar atuação pública que não tenha como inspiração a Constituição Federal. Como resume Alexandre Rosa 'a Constituição Federal como norma mãe deve ser suprema. Todos os dispositivos e interpretações possíveis devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria (esfera do incindível), posto que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico de reforma' (Improbidade administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal - Conexões necessárias, p. 19-20).

"Nesse passo, o Poder Judiciário, democraticamente legitimado, tem por missão essencial fiscalizar a retidão da conduta pública em relação à Constituição Federal. Como já falado, os Poderes exercem, não raramente, atividades de forma quase promíscua; daí também cumprir ao Executivo e ao Legislativo a mesma tarefa. Entretanto, em nosso sistema, 'a interpretação pelo Judiciário é final e vinculante para os outros Poderes'. (Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, p. 112). Não se trata de fornecer hierarquia superior ao Poder Judiciário, mas de reconhecer que, em tal ponto, a desatrelada hermenêutica dada pela Justiça deve preponderar (Clèmerson Merlin Clève: 'a garantia da liberdade desloca-se da lei para a Constituição. O guardião da Constituição, na sociedade democrática, paradoxalmente, não será nenhum órgão constituído por mandatários eleitos, mas antes um órgão despido de legitimidade decorrente do sufrágio: o Judiciário' (A atividade legislativa do Poder Executivo, p. 55).

"Esse mesmo pensamento deve ser espraiado, com amplitude de razões, para as demais questões jurídicas, ainda que despidas de status constitucional.

"Afirma-se com desenvoltura que ao Poder Judiciário cabe realizar, quando provocado (princípio da demanda), juízo de legalidade sobre os atos dos demais poderes - além dos seus próprios, é claro. Não há impedimento ao uso da expressão, desde que bem entendida. Todavia, mais apropriado, para melhor revelar o fenômeno, que se fale em juízo de juricidade. A lei é algo bem menor do que o Direito. A norma, mesmo escrita, é uma das formas de expressão do Direito - fundamental por plasmar com maior grau de clareza a (fictícia) soberania popular, mas que indica apenas uma faceta de sistema infinitamente mais

abrangente.(Amílton Bueno de Carvalho: 'a lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não)' (Teoria e prática do direito alternativo, p. 53). O Direito é um sistema, e um sistema que se insere em outro ainda maior (o sistema social), reciprocamente sujeitos a influências. (Fernando Noronha, Direito e sistemas sociais).

"Não existem, bem por isso, amarras predeterminadas à intervenção jurisdicional. Quando houver relação de incompatibilidade entre os atos legislativo ou administrativo e o Direito, está autorizada a atuação judicial, cassando a conduta nefasta à ordem jurídica.

"Na doutrina administrativa, muito já se comentou sobre a restrição da atividade judicial aos atos vinculados, afastando-se a investigação sobre os discricionários. Desse modo, ao Poder Judiciário ficaria restringida a análise formal, e para aqueles casos em que a lei houvesse previamente delimitado a atividade administrativa. Em outros atos, em que não ocorrente antecipação do legislador quanto aos limites da atuação pública, na mesma proporção haveria impedimento ao incursionamento jurisdicional. (Em síntese, disse o STJ: 'ao Poder Judiciário compete apenas o controle da legalidade do ato administrativo, ficando impossibilitado de adentrar na análise do mérito do ato, sob pena de usurpar a função administrativa, precipuamente destinada ao Executivo' (RMS 19.959-MT, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa). Processualmente, diz-se que pedido que questione atos discricionários é juridicamente impossível.

"A singeleza dessas assertivas, além de equivocada, é perigosa.

"Parte-se da premissa de que há atos cujo conteúdo e momento de implementação (juízo de conveniência e oportunidade) são debitados ao agente público. Esse raio de abrangência é imune a questionamentos, remanescendo como um 'buraco negro'. Nesse campo, o aplicador da norma é livre para agir, ficando exonerado de limites.

"Nessa simplicidade, o raciocínio deve ser repudiado, mesmo que não esteja integralmente órfão de serventia.

"Há, é evidente, situações nas quais o ordenamento jurídico não é capaz de antecipadamente estabelecer o melhor caminho por seguir. Ciente de sua falibilidade, o legislador consente que o aplicador eleja, no momento oportuno, 'segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente'. Nesses casos, a lei não logra suficiente clareza, impedindo que se anteveja, pelo menos com precisão absoluta, o exato caminho a ser seguido pelo aplicador. Trata-se de hipóteses especiais, na quais conscientemente se impõe ao aplicador o pesado ônus de concretamente revelar a melhor trilha a ser seguida, mas sempre tendo em mira a finalidade jurídica, mormente aquela que advém da Constituição Federal. Aí, 'o controlador da legitimidade (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser in concreto, incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma' (Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade e controle jurisdicional, p. 48).

"Não se trata, bem de se ver, de autorizar a caracterização do Poder Judiciário como administrador. Assim fosse, mais racional que se destinasse toda a missão administrativa para ele, que poderia, em caráter definitivo, decidir. Diversamente, a análise feita pelo Poder Judiciário é de juricidade, quer dizer, de compatibilidade entre o ato praticado

e o Direito. O juiz não pode ousar se transformar em administrador, pois a tanto se opõe a separação de Poderes. Mas também não tem o aplicador da lei competência tamanha que o torne estranho à fiscalização. Sempre que se desbordar da intenção legislativa, autoriza-se a sanção jurisdicional. Não se trata de deferir ao juiz a escolha por 'A' ou 'B", mas de determinar, na situação concreta, que a escolha 'C', feita pelo administrador, destoa do modelo legal, ainda que detivesse ele margem de discricionariedade. (Leonardo José Carneiro da Cunha: 'a discricionariedade caracteriza-se quando de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa atender ao escopo legal. Nesse caso, resta à Administração a opção de adotar a providência que se apresente mais conveniente e oportuna à finalidade pública, não podendo o Judiciário substituir tal escolha para dizer que não era a medida tal que se deveria adotar, mas outra que se afigurava igualmente legítima. Em qualquer caso, a atividade administrativa deverá ser guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista serem inadmissíveis condutas bizarras, tomadas em consideração às circunstâncias factuais e às vicissitudes concretas que a hipótese encerra' (A Fazenda Pública em juízo, p. 456).

Não estando o legislador dotado de aptidão para prognosticar todos os fatos, em seus minudentes contornos, apenas se arrisca a fornecer lineamento geral das situações que, materialmente ecoadas, autorizem a edição de ato administrativo. A tarefa de confrontação entre o desenho legal e o quadro fático que lhe sucede é do agente público. Esse poder não vai à culminância da soberania, cabendo-lhe olimpicamente ditar a relação de compatibilidade entre o comando normativo e o ato administrativo. Há limites à discricionariedade. E essas restrições são, sem arranhão à autonomia dos Poderes, judicialmente apreciáveis.

(...)

"O juiz, ao se debruçar sobre o ato administrativo, não toma a posição do administrador, não avoca competência que não detém. Proibido que se imagine mais sábio ou altruísta do que o outro agente público. Sua função é, antes de mais nada, negativa - cabe-lhe reconhecer quando não estão presentes os requisitos legais, colocando-se (metaforicamente) na posição do legislador frustrado com a desobediência às determinações alvitradas. (Como ressalva Ovídio A. Baptista da Silva, pode o juiz determinar ato que 'esteja previamente determinado em lei, ou seja, uma própria atividade administrativa já programada pelo Poder Político. Não, quando o ato cuja realização se pretenda. (...) implique uma prévia decisão de conveniência administrativa a ser tomada discricionariamente pelo administrador' (Do processo cautelar, p. 140).

(...) (Manual da Fazenda Pública em Juízo, Renovar, Rio de Janeiro, 2ª ed., 2006, p. 43 e ss.; a transcrição feita leva em consideração algumas retificações que estarão presentes na 3ª edição do livro, ora no prelo)'.

"3. Voltando os olhos à situação concreta, tem-se que o laudo que embasou a reprovação do autor trouxe as seguintes considerações (respeitadas exatamente as palavras lançadas):

" 'Wartegg: Excitação e depressão nas atividades baixa produtividade'

"Figura Humana: Expressão de ansiedade.

"Parece final: Pode-se tratar de pessoa com dificuldade de produzir quanto tem que lançar mão de suas próprias potencialidades, falta empenho em suas atividades.' (fls. 37).

"Submetido o autor a perícia judicial, por psiquiatra, o médico fez - entre outras - as seguintes considerações:

" 'À investigação das funções mentais o examinado não apresentou distorções das funções mentais da consciência, atenção, sensopercepção, orientação, memória, inteligência, afetividade, pensamento, volição, motricidade, conduta, linguagem e juízo crítico.

"É fumante (consome um maço de cigarros por dia), não tem sinais de uso de bebidas alcoólicas e nem de outras substâncias químicas que causem dependência.

"Não apresentou, ao exame, sinais ou sintomas de moléstias mentais em curso.

"Mostra-se em bom estado de saúde mental, no momento.

(...)

"Não se pode confundir estado de saúde com aptidão psicológica. Estas expressões não são sinônimas. A aptidão poderá ficar diminuída em função de uma doença, ou da perda da saúde, de forma temporária ou permanente. A aptidão, porém, compreende mais do que aspectos de saúde. Em especial ela compreende os aspectos da estrutura da personalidade e do caráter. Estes geralmente não mudam, ao longo da vida adulta.

"Os testes psicotécnicos geralmente usados em seleções por psicólogos são ditos 'testes psicológicos'. Um teste psicológico se define como sendo 'uma amostra objetiva e padronizada de um comportamento, cuja função implica em mensurar diferenças entre indivíduos e suas reações, em situações diversas' (CFP, 2001) (CFP, Conselho Federal de Psicologia. Manual para Avaliação Psicológica. Brasília: CFP, 2000). Alguém é apto, portanto, na comparação com outras pessoas. O teste, se norte-americano na sua origem, nos compara a padrões norte-americanos.

"O teste psicológico conceitua-se também como um procedimento sistemático para observar o comportamento e descrevê-lo com a ajuda de escalas numéricas ou categorias fixas (CRONBACH apud PASQUALI, 2001). (PASQUALI, L. (Org.). Técnicas de exame psicológico - TEP. Manual. Vol. I: Fundamentos das técnicas psicológicas. São Paulo: Casa do Psicólogo/CFP, 2001). Como o ser humano não é matemático nem fixo, tem-se que ter uma flexibilidade ao interpretar o resultado de um teste deste tipo).

"O teste é traduzido pelo psicólogo no Parece ou Laudo. Excluindo-se a personalidade e o caráter, em virtude da mutabilidade humana não se considera o psicotécnico uma avaliação definitiva. Assim sendo, num Parecer ou Laudo Psicológico constarão as possibilidades: Apto, Apto Temporário ou Inapto Temporário. No entender de Augras (1994) (AUGRAS, M. O Ser da compreensão: fenomenologia da situação de psicodiagnóstico. 4ed. Petrópolis: Vozes,

1994). 'nos protocolos dos testes, não se manifestam resultados absolutamente válidos e intemporais, mas os mesmos constituem a expressão de um evento,a situação única e momentânea do encontro de duas subjetividades' (Id., ibid., p. 14).

"Efetivamente não há como estabelecer, nos dias atuais, a aptidão psicológica ou a inaptidão, à época da realização do exame psicotécnico. Leve-se em conta que o próprio teste - que tem, sem dúvida, maior validade que a opinião leiga - é uma tentativa ainda precária e inexata, não certeira, de auferir alguns indicadores de aptidão'.

(...)

"6) O exame da documentação trazida aos autos pelo Autor e que se encontra a fls. 91/179 mostra que ele tem alguma dificuldade mental para exercer a função de policial civil?

"Não, não mostra.

"7) Essa documentação, mencionada no quesito anterior, pode ser fundamento para se dizer que o Autor é uma pessoas psiquicamente normal, sem anomalias mentais e que assim possui condições ideais para exercer a profissão de policial civil? Porque?

"A princípio, sim. A possibilidade é pequena, e inexistiria principalmente diante de personalidades psicopáticas (ou perversas) ocultas, de difícil diagnóstico. Esta possibilidade de engano está também presente nos testes psicológicos que compõem o psicotécnico para aptidão.

"8) Uma pessoa psiquicamente perturbada e com doença mental poderias efetuar as ações mostradas pelos documentos de fls. 96/179? Poque?

"Uma pessoa com perturbações estatisticamente fáceis de encontrar, como uma psicose ou uma depressão grave, não. Uma mente psicopática (de personalidade perversa),

que é fenômeno estatisticamente raro, até poderia. Isto, porém, o psicotécnico feito por ocasião da seleção também não mostraria."

"Deve-se aditar que o autor, conforme incontroverso, exerce há anos a função de policial civil. Mais, trabalha há muito tempo como responsável por delegacia de polícia, o que, concretamente, é o mesmo que ser delegado de polícia. O Estado, nada obstante, não logrou trazer dado que desabonasse esse trabalho, revelando que as conclusões trazidas pelo laudo pericial extrajudicial tivessem algum conforto no labor cotidiano do acionante.

"4. Postos os fatos dessa forma, tenho que a conclusão administrativa não tem sustentação alguma. A partir das considerações expostas no item 2, tenho que a decisão, mesmo gravada por discricionariedade, foi arbitrária, afastando-se daqueles limites que seriam, no caso, admissíveis.

Como antes dito, tratando-se de competência discricionária, o agente público tem campo largo para deliberar. Não está autorizada, porém, decisão sem nenhum apoio material, tal qual houvesse uma posição de onipotência.

"Na situação específica, o que se viu foi um exame superficial, carente de adequada fundamentação e desprovido de correlação lógica entre os fatos por apreciar e a conclusão havida.

"O laudo pericial aliado à longeva situação profissional do autor afastam qualquer possível sustentação para a conclusão havida no âmbito do concurso público" (fls. 243-252).

Em resumo, tem-se que o autor já era policial civil desde 1979; no ano de 1988 prestou concurso público para Delegado de Polícia, sendo inclusive aprovado no exame psicoténico, porém, devido a acidente automobilístico que sofreu, não pôde concluir o Curso de Formação.

Ainda, no ano de 2001 prestou novamente concurso para Delegado de Polícia e foi aprovado; no entanto, dessa vez não foi bem sucedido no novo exame psicotécnico e questionou o resultado judicialmente.

É sabido que o exame de aptidão psicológica é totalmente legal e imprescindível para o ingresso nas carreiras da Polícia Civil. Não obstante, tendo o candidato já obtido aprovação no exame psicotécnico em concurso anterior, bem como o laudo pericial ter constatado que o servidor está em bom estado de saúde mental, mostra-se absolutamente desarrazoada a exigência da submissão a outra avaliação, que, diga-se de passagem, chegou a conclusão que pode ser rotulada de arbitrária, ante a total ausência de fundamentação.

2 Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso e, em sede de reexame necessário, confirmo a sentença na integralidade.

LUIZ CÉZAR MEDEIROS

ANEXO P – Recurso em Mandado de Segurança n. 18.358/SC

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança nº 18.358 - SC (2004/0064962-7)

EMENTA:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR ESTADUAL. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. PREVISÃO LEGAL. CARACTERÍSTICAS DO CARGO. POSSIBILIDADE. NORMA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE APRESENTA ABSOLUTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte de Justiça, bem como do eg. STF, a norma constitucional que inibe qualquer tipo de "discriminação" para ingresso em cargos públicos não é absoluta.

De acordo com a natureza do cargo e estando prevista tal limitação, a mesma é viável.

Precedentes.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso." Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2005 (Data do Julgamento)
MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
Relator

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA:

Luiz Manoel Mariano impetrou a presente ação mandamental contra ato do sr. Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado, pretendendo ver aceita a sua inscrição para o concurso de Soldado da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Estadual, alegando que a mesma tinha sido negada pelo implemento da idade máxima.

A liminar foi deferida (fl. 38), mas posteriormente foi cassada por ocasião do julgamento do aresto de que ora se recorre, ao fundamento de que a exigência da idade não viola a Constituição porque está prevista em lei, e não viola o princípio da legalidade porque o edital está a ela vinculado.

Nos termos do edital do certame, a idade mínima deveria ser 18 anos e a máxima "não ter completado, até o ato da inscrição, 26 anos de idade". O impetrante contava, à época, 28 anos.

É certo que a disposição constitucional que proíbe critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil não é absoluta, devendo ser observadas a natureza do cargo em questão e a existência de lei específica contendo tal limitação, conforme podemos constatar da jurisprudência já fixada por esta Corte e pelo eg. STF:

”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.

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 conseqüência, 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 a 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 conseqüência, 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.” (RMS 14437⁄PE, DJ 30.06.2003, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO. LIMITE DE IDADE MÁXIMA PREVISTO EM LEI ESTADUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

Nos termos da jurisprudência do eg. STF, desde que se faça de forma razoável, é permitido à lei, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em cargos, funções e empregos públicos.

Recurso desprovido.” (RMS 10635⁄PE, DJ 16.12.2002, Minha relatoria)

“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.

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 argüição 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.

II - 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.

III- Desta forma, escorreito 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." (RMS 12399⁄RO, DJ 14.10.2002, Rel. Min. Gilson Dipp)

"Recurso extraordinário. Limite mínimo de idade para inscrição em concurso público de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. 2. Acórdão que entendeu ser ofensivo aos arts. 7º, XXX e 39, § 2º, da Constituição Federal, estabelecimento de limite mínimo de idade para inscrição em concurso público de Auditor Substituto. 3. Inexistência de expressa referência na lei a limite mínimo de idade para investidura em cargo de Auditor. 4. A Lei Orgânica limita-se a definir em quais situações os Auditores substituirão os Conselheiros. Incabível, na espécie, restringir, no Edital do Concurso, o que a lei não limitou. 5. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 182432⁄RS, DJ 05.04.2004, Rel. Min. Néri da Silveira)

"Recurso extraordinário. Concurso público para a admissão a Curso de Formação de agente penitenciário. Admissibilidade da imposição de limite de idade para a inscrição em concurso público. - O Plenário desta Corte, ao julgar os recursos em mandado de segurança 21.033 e 21.046, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX, e 30, § 2º, da Constituição Federal, impor limite de idade para a inscrição em concurso público. - No caso, dada a natureza das atribuições do cargo, é justificada a limitação de idade, tanto a mínima quanto a máxima, não se lhe aplicando, portanto, a vedação do artigo 7º, XXX, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 176479⁄RS, DJ 05.09.97, Rel. Min. Moreira Alves).

Dessa forma, encontra-se o aresto recorrido em sintonia com tal entendimento, motivo pelo qual nego provimento ao presente recurso.

MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

ANEXO Q – Mandado de Segurança n. 2003.026514-7

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Mandado de Segurança n. 2003.026514-7, da Capital.

EMENTA:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO EM CARGOS DA POLÍCIA MILITAR - LIMITES DE IDADE PARA INSCRIÇÃO - EXIGÊNCIA PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA

1. O ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, nos termos do § 1° do art. 42, c/c com as disposições do art. 142, § 3°, inc. X, da Constituição Federal, será regulamentado por lei, que poderá inclusive prever regramento a respeito dos limites de idade. Por estarem submetidos a regime jurídico especial, distinto dos servidores públicos, não se aplica aos militares a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7° da Lex Mater.

2. O Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina - Lei n. 6.218/83, art. 11 - prevê expressamente a idade como um dos critérios a ser observado no ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima não constitui fator de invalidação da exigência, desde que o detalhamento conste do edital que regula o certame (AgAI n. 284.001-0/DF, Min. Moreira Alves). Este procedimento atende com mais presteza as necessidades do provimento dos cargos, levando em consideração a complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o edital a ela está vinculado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2003.026514-7, da Comarca da Capital, em que é impetrante André Luiz Albuquerque Pereira e impetrados Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão e Presidente do Concurso Público para o Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar de santa Catarina:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, denegar a segurança. Vencido o Desembargador Francisco Oliveira Filho que votou no sentido de conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

VOTO

O SR. DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS.

1. O impetrante insurge-se contra o indeferimento da inscrição para o concurso de ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, em razão do limite máximo de idade - 25 (vinte e cinco) anos -, condição estabelecida no Edital n. 003/CESIEP/2003, que regulamenta o certame.

Segundo os termos do citado Edital, cuja cópia encontra-se às fls. 48/63, são requisitos para a admissão da inscrição do candidato ao concurso de ingresso de Oficiais da Polícia Militar:

“a) Ser brasileiro, completar, até 31 de dezembro de 2003, no mínima de 17 (dezessete) anos de idade e no máximo 25 (vinte e cinco) anos de idade (nascidos no período compreendido de 01 de janeiro de 1978 a 31 de dezembro de 1986); ter altura mínima de 1,65 m para o sexo masculino e 1,60 m para o sexo feminino e ter peso proporcional à altura, a ser conferido pela Junta Médica da Corporação, no ato da inspeção de Saúde, estar em dia com o

serviço militar e obrigação eleitora, não ter sido condenado por crime doloso, não ter exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional, se reservista das Forças Armadas, deverá o candidato ter sido licenciado no mínimo no comportamento "Bom", não será deferida matrícula a candidatos isentos do serviço militar por incapacidade física ou desligado de cursos ou Escola Militares por incapacidade física ou mental, Ex-Policiais e Bombeiros Militares e Militares da ativa, deverão estar classificados no mínimo no comportamento "Bom", possuir idoneidade moral que o recomende ao Ingresso no Quadro de Oficiais da PMSC" (sem grifo no original).

Assim, o próprio Edital, em consonância com a norma de regência - Lei n. 6.218/83 - especifica que somente serão admitidas as inscrições feitas pelos brasileiros que tiverem idade mínima de 17 anos e máxima de 25 anos, completados até 31 de dezembro de 2003, além do preenchimento dos outros requisitos nele constantes.

Da documentação acostada aos autos, verifica-se que o impetrante, embora preencha os outros requisitos, não satisfaz a exigência referente à idade, posto que completou 31 anos no dia 03 de fevereiro de 2003.

A limitação de idade mínima e máxima para a inscrição no concurso de ingresso nos quadros da Polícia Militar, quando pautada na razoabilidade, não afronta o princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, justo porque, na maioria das vezes, e o caso em análise é um deles, a exigência tem relação com a necessidade de qualidades específicas que propiciem o melhor desempenho das funções, dada a natureza do cargo ou emprego da Administração Pública.

Nesse sentido, são os precedentes da Suprema Corte:

“Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limite mínimo e máximo para ingresso em funções, empregos e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 39, § 2º, 37, I, da Constituição Federal" (RE n. 184.835-9/AM, Min. Carlos Velloso).

"CONCURSO PÚBLICO - DEFENSORIA DE OFÍCIO DA JUSTIÇA MILITAR - LIMITE DE IDADE - LEI N. 7.384/85 (ART. 4º, II) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 39, § 2º, C/C ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO - CANDIDATOS QUE, EMBORA AUTORIZADOS POR LIMINAR JUDICIAL, SEQUER PARTICIPARAM DO CONCURSO - POSTULAÇÃO MANDAMENTAL DEDUZIDA COM O ÚNICO OBJETIVO DE ASSEGURAR AOS IMPETRANTES A INSCRIÇÃO NO REFERIDO CONCURSO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - RECURSO IMPROVIDO.

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 (CF, art. 39, § 2 º, c/c art. 7º, XXX), não se reveste de caráter absoluto, sendo legítima, em conseqüência, a estipulação de exigência de ordem etária quando esta decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido.

O tema concernente à fixação legal do limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência desta Corte em função e na perspectiva do critério da razoabilidade. Precedentes: RTJ 135/528 - RTJ 135/958" (ROMS n. 21045-1/DF, Min. Celso de Mello).

2. Sustenta o impetrante que a Constituição veda a distinção em função da idade para ingresso no serviço público, em especial a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7°, com o seguinte teor:

“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;"

Com a promulgação das Emendas Constitucionais ns. 18, 19 e 20 houve a cisão dos regimes jurídicos dos servidores públicos civis e militares. Os servidores públicos civis são agora denominados simplesmente de servidores públicos e as regras a eles inerentes estão disciplinadas na Seção II (arts. 39/41) do Capítulo VII, do Título III, que trata da Administração Pública. Os servidores militares são denominados apenas de militares e são disciplinados pela Seção III, do mesmo Capítulo VII, que é composta por apenas um dispositivo, o art. 42, §§ 1° e 2°.

Em relação aos servidores públicos prescreve a Lei Maior:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

§ 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 o exigir".

De outro vértice, no que se refere aos militares, disciplina a Carta Constitucional de 1988:

"Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º. Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º".

O art. 142, § 3º, inc. VIII, por sua vez, limita as garantias sociais aos militares:

"Art. 142. [...]

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, XI, XIII, XIV e XV (...);"

Observa-se, portanto, que o constituinte expressamente disciplinou sobre as garantias aplicadas ao servidor público e ao militar. Àquele foi vedada a distinção por motivo de idade para ingresso no serviço público, permitindo apenas à lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão, quando a natureza do cargo o exigir. Já no que diz respeito ao militar, inexiste previsão expressa de proibição de distinção em relação à idade para o ingresso nas Forças Armadas ou Polícias Militares estaduais.

Pode-se, assim, concluir com segurança que o constituinte estabeleceu um rol das garantias sociais aplicadas aos militares e taxativamente omitiu a garantia do inciso XXX do art. 7º.

Essa afirmação tem conforto em julgado do Supremo Tribunal Federal:

"Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, do texto original)" (RE 197479/DF, Min. Octávio Gallotti, Publ. DJU 18/8/00).

Do corpo do acórdão, colhe-se:

"Veja-se, mais, que, ao enumerar os direitos sociais do militar, o art. 142, § 11, do texto original da Constituição, não contemplou também, ao contrário da regra prevalecente

para o civil, na enumeração, o insculpido no art. 7º, XXX, onde se proíbe a diferenciação de critério de admissão por motivo de idade".

No Superior Tribunal de Justiça também há precedentes que se afinam com esse entendimento:

"ADMINISTRATIVO - MILITAR - CONCURSO PARA O QUADRO COMPLEMENTAR DA AERONÁUTICA - LIMITE DE IDADE.

1. Os militares estão sujeitos a limitação de idade, consoante previsto no art. 42, § 9º da Constituição Federal, não se lhes aplicando a norma do art. 7º, XXX. Precedentes do STJ.

2. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp n.149.471/RS, Min. Anselmo Santiago).

"MILITAR. LIMITE DE IDADE, CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS PARA O QUADRO COMPLEMENTAR DE OFICIAIS DO EXÉRCITO. LEI N. 7.831/89, ARTIGO 4º, III E 12. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 7, ITEM XXX E 42, PAR. 9º.

Os servidores públicos militares estão sujeitos a limite de idade par. 9°, art. 42, da Constituição Federal, não se aplicando a eles as disposições do art. 7º, item XXX, da aludida Constituição. Segurança julgada prejudicada por ter sido o impetrante reprovado" (STJ, MS n. 303/DF, Min. José de Jesus Filho).

"MANDADO DE SEGURANÇA, RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE.

I - A garantia da igualdade ínsita no inciso XXX do art. 7° da constituição federal, não pode ser compreendida em termos absolutos.

II - Tendo-se por presente o aspecto de razoabilidade na fixação - em termos absolutos - de idade-limite para participação em concurso público, deve-se admití-la.

III - recurso conhecido e improvido" (ROMS n. 313/RJ, Min. Cesar Asfor Rocha).

A motivação que levou o legislador constitucional a fazer essa diferenciação é perfeitamente justificável, exatamente pela natureza especial do serviço militar, aí evidentemente compreendidas as atividades dos integrantes das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares. Há que se gizar, inclusive, que a própria forma de ingresso no serviço militar é regulada de forma diferenciada na Lex Mater. Enquanto os servidores públicos têm as normas de investidura rigidamente previstas no art. 37, incs. II a IX, aos militares delegou-se à legislação ordinária o disciplinamento completo da matéria.

Com efeito, antes da Emenda Constitucional n. 18/98, estabelecia o § 9º do art. 42:

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

Atualmente, a Constituição Federal prevê que o ingresso nas Forças Armadas deverá ser regulado por lei ordinária, norma que, por força do preceituado no § 1° do art. 42, tem aplicação integral para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares.

Eis o teor da disposição constitucional pertinente, já com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 18/98:

"Art. 142 - [...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra" (não grifado no original).

A respeito do tema, José Afonso da Silva preleciona:

“Ontologicamente, porém, nada mudou porque os militares são, sim, servidores públicos em sentido amplo como eram considerados na regra constitucional reformada. São agentes públicos, como qualquer outro prestador de serviço ao Estado. A diferença é que agora se pode separar as duas categorias, em lugar de servidores civis e servidores militares, embora assim sejam, em agentes públicos administrativos e agentes públicos militares.

[...]

Sua organização e seu regime jurídico, desde a forma de investidura até as formas de inatividades, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis. Diferem até mesmo entre si. Por exemplo, os servidores militares das Forças Armadas, ou ingressaram no serviço por via do recrutamento, que é a forma de convocação para prestar o serviço militar, ou por via de exame de ingresso nos cursos de formação de oficiais. A obrigatoriedade do serviço militar (art. 143) não deixa margem à realização de concurso público à semelhança do que ocorre para os servidores civis. O ingresso nas polícias militares é voluntário, e, por conseguinte, os interesses se submetem a provas de seleção de vários tipos para sua investidura, incluindo também as escolas de formação de seus integrantes oficiais" (Curso de Direito Constitucional Positivo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.684).

E mais adiante, complementa:

“Finalmente, cumpre apenas lembrar, com base no art. 142, § 1º, que cabe à lei complementar estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas, assim como recordar que os integrantes das Forças Armadas têm seus direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos definidos no § 3º do citado art. 142, desvinculados, assim, do conceito de servidores públicos, por força da EC-18/98" (op. cit. p. 754).

Na mesma alheta é a doutrina de Pinto Ferreira:

“O princípio da igualdade é norma constitucional básica chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios".

A seguir, expõe o insigne jurista:

“Não se trata evidentemente de igualdade absoluta nem de igualdade econômica, conduzindo ao nivelamento social. Balladore Pallieri salienta que o princípio não obriga a tratar igualmente situações de fatos desiguais, proibindo apenas o arbítrio diante de diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais do indivíduo, tais como raça, riqueza, sexo, profissão, classe etc. A igualdade deve ser proporcional" (Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1, p.62).

Verifica-se, pois, exatamente em razão das peculiaridades do regime jurídico especial a que estão submetidos os militares, a Constituição Federal deixou para a lei ordinária a regulação de aspectos relacionados à sua investidura e carreira.

Bem por isso, como apropriadamente lembrado pela digna autoridade impetrada, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, apreciando pedido liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 317-8/SC, suspendeu a vigência do § 1º do art. 31 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que dispõe:

“Art. 31 - São servidores públicos militares os integrantes militares da Polícia Militar.

§ 1º - A investidura na carreira militar depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e de títulos, respeitada a ordem de classificação".

A decisão da Suprema Corte sinaliza com muita clareza sobre a impropriedade de se erigir à norma constitucional as regras sobre os critérios de ingresso do militar. Em reforço ao já dito, cabe, portanto, ao legislador ordinário dispor sobre o ingresso na Polícia Militar. De outra banda, se, como exaustivamente demonstrado, não há qualquer impeditivo constitucional sobre a aplicação de requisito de idade para ingresso na Polícia Militar e Corpo

de Bombeiros Militar, cumpre verificar qual o tratamento que a lei de regência estadual dá à matéria.

O Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Santa Catarina, Lei Estadual n. 6.218/83, preceitua:

“Art. 11 - Para o ingresso na Polícia Militar e matrícula nos estabelecimentos de ensino Policial-Militar destinados à formação de oficiais e graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual e psicológica, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça, e nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional" (grifo não constante do original)

Idêntica previsão é encontrada no Estatuto dos Militares Federais, Lei Federal n. 6.880/80:

“Art. 11. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino militar destinados à formação de oficiais, da ativa e da reserva, e de graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça ou não tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional".

Ao contrário da alegação de que no Estado o requisito concernente à idade não tem previsão legal, constata-se que a Lei Estadual prevê expressamente a idade como um dos critérios a ser observado no ingresso da na Polícia Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima, data venia, não se constitui em fator de invalidação da exigência. Pela complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação, parece mais recomendável que as especificações, como in casu, sejam estabelecidas nos Editais. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o Edital a ela está vinculado.

Convém ressaltar que os dispositivos da Lei Estadual e Federal são aplicáveis a todas as carreiras da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, ante a ausência de distinção ou especificação. Os artigos não deixam margem à dúvida pois, ao tratar do tema, referem-se ao ingresso na Polícia Militar e/ou ao ingresso nos estabelecimentos de ensino militar, de forma genérica.

O art. 10, também da Lei n. 6.218/83, contempla a possibilidade da edição de regulamentos, normas e instruções, aí incluído, por óbvio, o Edital que rege o concurso de ingresso.

Estabelece o citado artigo:

“Art. 10 - O ingresso na Polícia Militar, ressalvado o previsto no art. 6º, é facultado a todos os brasileiros, sem distinção de raça ou de crença religiosa, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, cumpridas as condições previstas em Lei, complementadas por regulamentos, normas e instruções”. (não grifado no original).

Versando sobre a possibilidade de fixação de limite de idade no edital do certame, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“2. Ademais, o acórdão recorrido tem ainda fundamento suficiente 'per se' para a sua manutenção, a qual não é atacável pelos dispositivos tidos pelo recurso extraordinário como violados (os citados artigos e o artigo 5º, XXXV, todos da Constituição), e que é o de que, sem lei que declare qual seja a idade-limite, mas exija a observância desse requisito, pode a Administração Pública fixá-lo no edital desde que não seja discriminatório, como não o é no caso em virtude das características da carreira militar, para não haver ofensa ao artigo 7º, XXX, da Carta Magna" (AgAI n. 284.001-0/DF, Min. Moreira Alves). (não grifado no original)

Assim, havendo previsão legal e o estabelecimento da idade mínima e máxima não se divorciando do princípio da razoabilidade, é de ser afastada a pecha de ilegalidade e inconstitucionalidade aduzida pelo impetrante.

Considerando, como tantas vezes repetido, as peculiaridades da carreira militar, não pode ser tida despropositada ou discriminatória a idade mínima de 17 e máxima de 25 anos, principalmente se considerados os rígidos limites para a transferência compulsória à reserva remunerada que, segundo os termos do art. 105 da citada Lei n. 6.218/83, para os cabos e soldados é de 55 anos, e oficiais variando de 52 (2º Tenente) a 59 anos (Coronel).

Assim, se mostra inaceitável, por exemplo, a inscrição de um candidato com 40 anos. Ele eventualmente, se lograr êxito no concurso, trabalhará apenas mais 15 anos, quando será alcançado pela passagem compulsória à reserva.

Data venia, ao não ser acatado os termos definidos no Edital e autorizado pela Lei, não haveria critério algum para o estabelecimento da idade de ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. Não seria recomendável que o Poder Judiciário, sem fundamento plausível, interferisse em matéria situada na órbita do poder discricionário da Administração.

Conforme observação absolutamente procedente realçada pelo eminente Desembargador Newton Janke no despacho denegatório de medida liminar proferido no Mandado de Segurança n. 2003.021414-3, que cuidou de matéria idêntica, impende registrar que “na espécie, a limitação nem se revela discriminatória, na medida em que não contempla quaisquer exceções, nem ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se se levar em conta a natureza das atividades do cargo público a ser provido".

Enfrentando o tema, preleciona Alexandre de Moraes:

“A proibição genérica de acesso a determinadas carreiras públicas, tão-somente em razão da idade do candidato, consiste em flagrante inconstitucionalidade, uma vez que não se encontra direcionada a uma finalidade acolhida pelo direito, tratando-se de discriminação abusiva, em virtude da vedação constitucional de diferença de critério de admissibilidade por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX), que consiste em corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental da igualdade (CF, art. 5º, caput), que se estende, a falta de exclusão constitucional inequívoca, como ocorre em relação aos militares (CF, art. 142, § 1º), a todo o sistema de pessoal civil" (Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.64.) (grifo não constante do original).

Não dissentindo do posicionamento doutrinário e jurisprudencial de que o princípio da igualdade e da não distinção entre sexo e idade deve ser interpretado à luz das peculiaridades de cada carreira funcional, anota Adilson Abreu Dallari:

“Entendemos que a Constituição veda restrições estabelecidas por mera discriminação, por puro preconceito. A enumeração de alguns fatores de discriminação no texto do dispositivo não significa que outros sejam tolerados. A relação é meramente exemplificativa pois dela não consta a distinção por motivo de raça (implicitamente contida no inciso XLII, do art. 5º), que, além de ensejar as sanções normais a qualquer ato preconceituoso (sua nulidade, a responsabilização funcional do agente) constitui crime inafiançável e imprescritível, punido com a pena de reclusão.

Assim sendo, tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja.

Assim nos manifestamos e assim entenderam, por unanimidade, os demais participantes da mesa que conduziu os debates sobre o assunto durante o II Curso de Especialização em Direito Administrativo realizado pela Pontifícia Universidade Católica, em 1973, quais sejam, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (coordenador), o Prof. Celso

Bastos e o Prof. Michel Temer. A conclusão final, formulada pela coordenação, acompanhando quase literalmente o que havia sido proposto por um dos grupos de trabalho, foi assim redigida: 'Pode ser estabelecida limitação para inscrição em concurso público, em razão de sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correção lógica entre o elemento discriminador e o descrímen estabelecido" (Regime constitucional dos servidores públicos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1990, p. 32-3).

No mesmo sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Como regra, a idade não mais pode ser erigida em fator obstativo da acessibilidade, excetuadas, evidentemente, o limite mínimo para o trabalho adulto e o máximo, que coincide com o estabelecido para a aposentadoria compulsória. Isto porque, para os admitidos em regime de emprego, o art. 7º, XXX, o impediria, já que ali se dispõe ser proibida a adoção de critério de admissão por motivo de idade. A mesma vedação se impõe para admitidos no regime do cargo, 'ex vi' do art. 39, § 2º, de acordo com o qual aos servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas aplicam-se, entre outros incisos do art. 7º, o mencionado no inciso XXX.

Observou-se que tal requisito como regra não pode ser exigido. Isto porque haverá hipóteses nas quais o fator idade pode resultar uma específica incompatibilidade com algum determinado cargo ou emprego, cujo satisfatório desempenho demande grande esforço físico ou acarrete desgaste excessivo, inadequados ou impossíveis a partir de certa fase da vida. Não se tratará, pois, de uma pretendida limitação indiscriminada e inespecífica - inadmitida pelo Texto Constitucional - mas, pelo contrário, da inadaptação física, para o satisfatório desempenho de certas funções como conseqüência natural da idade" (Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 51).

Ainda da Excelsa Corte de Justiça, sobre a plausibilidade constitucional do discrímen em comento, podem ser citadas as seguintes decisões:

“A Constituição Federal, em face do princípio da igualdade, aplicável ao sistema de pessoal civil, veda a diferença de critério de admissão em razão da idade, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Lei e aquelas em que a referida limitação constitua requisito necessário em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher” (RE n. 140.945-2/RJ, Min. Ilmar Galvão, in JSTF 207/149). (Não grifado no original).

"Inadmissibilidade do discrime, face ao princípio da igualdade que, em vista das normas em referência, aplica-se ao sistema de pessoal civil do Município, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição e aquelas em que a limitação de idade constitua requisito necessário em razão da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

Orientação assentada pela jurisprudência do STF, de que se desviou a decisão recorrida" (RE n. 165.305-1/RS, Min. Ilmar Galvão, in JSTF, Lex 196/232). (Não grifado no original)

Neste Tribunal, são inúmeros os precedentes que se harmonizam com a tese de que é legal e constitucional o estabelecimento de faixa etária para ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar:

“MANDADO DE SEGURANÇA.CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR. LIMITE DE IDADE. REQUISITO CONSTANTE NO EDITAL. EXIGÊNCIA LEGAL. SEGURANÇA DENEGADA" (MS n. 98.005617-9, Segundo Grupo de Câmaras Civis, Des. Vanderlei Romer).

"ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO EM CARGOS DA POLÍCIA MILITAR - LIMITES DE IDADE PARA INSCRIÇÃO - EXIGÊNCIA PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA

Não tem direito líquido e certo que legitime a propositura de mandado de segurança o candidato que em concurso público não logra preencher um dos requisitos previstos no edital para a inscrição" (MS n. 2001.023658-3, Grupo de Câmaras de Direito Público, Des. Luiz Cézar Medeiros).

"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR - LIMITE DE IDADE - POSSIBILIDADE - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ART. 7º, INC. XXX, NÃO CONSTANTE NO ROL DO ART. 142, § 3º, INC. VIII, DA CF - ADMISSÃO À CARREIRA MILITAR DISCIPLINADA POR LEI ORDINÁRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 42, § 1º, DA CF - CRITÉRIO DE IDADE PREVISTO NO ART. 11 DO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DE SANTA CATARINA - DIREITO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA" (MS n. 2001.023877-2, Grupo de Câmaras de Direito Público, Des. João Martins).

E do mesmo relator: MS n. 2001.024132-3, 2001.024378-4, 2001.024715-1.

“Nos concursos públicos para ingresso de pessoal, pode a administração fixar limites de idade ou sexo, desde que não viole o princípio da isonomia.

Se o edital faculta aos servidores estáveis a inscrição independentemente do limite estabelecido, o privilégio quebra o princípio de igualdade de tratamento que deve presidir o concurso" (ACMS n. 1996.003112-0, Des. Amaral e Silva).

E finalmente:

“CONSTITUCIONAL - CONCURSO - POLÍCIA MILITAR - LIMITE DE IDADE - DIREITO INEXISTENTE

‘Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, no texto original)’ (RE n.º 197.479, Min. Octavio Gallotti) e nos quadros da Polícia Militar" (MS n. 2001.024763-1, Grupo de Câmaras de Direito Público, Des. Newton Trisotto).

Vale ressaltar que a circunstância de o impetrante integrar os quadros da Polícia Militar não pode ser motivo para o afastamento da exigência do limite de idade, pois aí sim, haveria afronta ao princípio da igualdade. É exatamente essa discriminação que a Lei Maior procurou impedir, ou seja, o diferenciamento de tratamento entre os que já são funcionários públicos e os demais cidadãos, exigindo-se apenas destes últimos, a limitação de idade.

É indubitável que o privilegiamento de um segmento - no caso, os integrantes na Polícia Militar, constituiria uma excrescência jurídica que esbarraria acintosamente com o princípio da isonomia.

Esse é o entendimento adotado pelo colendo Supremo Tribunal Federal:

“[...]

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" (STF, ROMS n. 21046, Min. Sepúlveda Pertence).

"Não há razão para se tratar desigualmente os candidatos ao concurso público, dispensando-se, da prova de capacitação física e da investigação social, os que já integram o Quadro Permanente da Polícia Civil do Estado, pois a discriminação implica ofensa ao princípio da isonomia" (STF, ADI n. 1.072-7/RJ, Min. Sydney Sanches).

Esse também é o entendimento adotado por esta Corte de Justiça:

“Nos concursos públicos para ingresso de pessoal, pode a administração fixar limites de idade ou sexo, desde que não viole o princípio da isonomia.

Se o edital faculta aos servidores estáveis a inscrição independentemente do limite estabelecido, o privilégio quebra o princípio de igualdade de tratamento que deve presidir o concurso" (ACMS n. 1996.003112-0, Des. Amaral e Silva).

"CONCURSO PÚBLICO - MINISTÉRIO PÚBLICO - LIMITE ETÁRIO - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL.

'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. 42, parágrafo 11), a todo o sistema do pessoal civil.

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

[...]" (MS n.. 6.664, Des. Eder Graf).

3. Sobre o requisito fundamental para a viabilização da prestação jurisdicional via mandado de segurança, o nosso Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Des. Wilson Guarani, evocando também as lições de Helly Lopes Meirelles, assentou:

"O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda não esclarecidos nos autos, não rende ensejo a segurança, embora possa ser definido por outros meios judiciais'. (in 'Mandado de Segurança e Ação Popular', 2ª. edição, editora RT, p. 15). Recurso desprovido" (ACMS n. 4.109).

Na mesma esteira, sobre a liquidez e certeza do direito, como condição "sine qua nom" para a interposição de pleito com supedâneo na Lei n. 1.533/51, o não menos festejado Celso Agrícola Barbi, preleciona:

"Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança" (Do Mandado de Segurança. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987. p. 77).

Ainda sobre o mesmo tema, pontifica o insigne mestre Pontes de Miranda:

"Líquidos são os direitos quando a sua existência é atestada sem incertezas ou sem dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente sem precisar para mostrar, de diligências, de delongas probatórias. Direito certo e líquido é aquele que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso" (Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais - 5/338).

Não é outro o entendimento do preclaro Ruy Barbosa Nogueira:

"A expressão direito líquido e certo significa fato líquido e direito certo, isto é, cabe a proteção rápida do mandado de segurança no conflito em que não haja necessidade de apuração da relação fática, porque a ser impetrada a ordem, o fato já é líquido e transparente, bastando ao juiz fazer a sua subsunção às normas vigentes e eficazes. Em outras palavras, basta-lhe demonstrar a qualificação normativa do fato líquido e reafirmar direito certo, determinando ao inadimplente a sua observância, sob as penas da Lei" (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 281/282).

Para complementar, vale ressaltar a lição de Castro Nunes e José de Aguiar Dias no sentido de que "o ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá de ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida. Se a legalidade ou inconstitucionalidade não se apresenta aos olhos do juiz em termos inequívocos, patente não será a violação e, portanto, certo e incontestável não será o direito" (Do Mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 142).

A situação exposta pelo impetrante na inicial e comprovada pelos documentos juntados aos autos demonstra, repita-se, com meridiana clareza, não ter ele direito líquido e certo a ser protegido por mandado de segurança, pois para se inscrever no concurso o candidato deve preencher os requisitos exigidos no edital, os quais estão em consonância com os ditames constitucionais.

Como é cediço, e conforme a doutrina antes alinhada, o mandado de segurança tem por escopo principal a correção de ato comissivo ou omissivo de autoridade, marcado pela ilegalidade ou abuso de poder. Em princípio, não comete abuso de poder ou ilegalidade a autoridade que age rigorosamente dentro do previsto na Lei.

Nesse sentido, são pertinentes os seguintes excertos:

“A inscrição vincula o candidato às condições pré-estabelecidas no edital de convocação e no disciplinamento legal que rege o concurso" (STJ, RMS n. 364-0/MG, Min. Milton Luiz Pereira).

"ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - APROVAÇÃO - POSSE - DIPLOMA - REQUISITO DO EDITAL NÃO SATISFEITO

'O edital, repete-se, é a lei do concurso público.

Encerra, pois, as normas fundamentais. Em se referindo a preenchimento de cargos de médico, porque o quadro é único, a classificação dos aprovados não os distingue conforme a especialidade'" (ROMS n. 2.286, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Assim, estabelecido no edital que somente seriam aceitas as inscrições dos candidatos que completassem, no máximo, 25 anos de idade até 31 de dezembro de 2003, não há direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante.

4. Ante o exposto, casso a liminar e denego a segurança postulada.

DECISÃO:

Nos termos do voto do relator designado, por maioria de votos, denegaram a segurança. Vencido o Desembargador Francisco Oliveira Filho que votava pela concessão da ordem.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco Oliveira Filho, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Volnei Carlin, Vanderlei Romer, Rui Fortes, César Abreu e Nicanor Calírio da Silveira.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 12 de maio de 2004.

FRANCISCO OLIVEIRA FILHO
Presidente com Voto
LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Relator Designado

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ousei divergir da douta maioria porque a restrição do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, há de ser, data venia, entendida em termos no tocante ao Policial Militar, isto por força do § 1º do seu art. 42, relativamente ao ingresso na corporação, devendo ser considerado dentro do critério de razoabilidade, evitando-se impedimento ou discriminação. As peculiaridades da carreira do Policial Militar e conseqüentemente o trabalho desenvolvido, a meu ver, não justificam a exegese predominante. Adilson de Abreu Dallari, mutatis mutandis é categórico quando defende que "tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para

que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja" (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., 2ª tiragem, RT, 1992, p. 32).

O Supremo Tribunal Federal não discrepa:

"A imposição de limite de idade em concurso público somente é possível caso tal fator se encontre justificado pelas circunstâncias que cercam o exercício da função" (AGRAG 156537-RS, Min. Marco Aurélio). Esta, debaixo de todas as venias, não é a hipótese, pois inexistem circunstâncias objetivas para negar a participação no almejado certame público.

Esses, pois, os motivos do dissenso.

FRANCISCO OLIVEIRA FILHO

ANEXO R – Agravo Regimental n. 559823/DF

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. 559823 / DF

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. LEI 7.289/1984 DO DISTRITO FEDERAL. LIMITAÇÃO DE IDADE APENAS EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

A fixação do limite de idade via edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei.

Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 27 de novembro de 2007.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Relator

VOTO:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Sem razão a parte agravante.

A fixação do limite de idade no edital - editado pelo executivo distrital - não tem o condão de suprir a exigência constitucional. Nesse sentido, confira-se o MS 20.973 (rel. min. Paulo Brossard), relativo à questão do exame psicotécnico, cujo voto condutor transcrevo:

> "[...]
> *A norma regulamentar, como já observei, seja ela decreto do executivo ou, como no caso presente, portaria do Prccurador-Geral da República não poderia estabelecer ccndição e requisito, como a exigência da presente avaliação psicológica, sem lei que expressamente a previsse. A acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei. Deste modo, não poderia Portaria do Senhor Procurador-Geral da República estabelecer a avaliação psicológica, como condição à acessibilidade ao cargo inicial da carreira do Ministério Público Federal, sem lei que expressamente a tivesse estabelecido* [...]"

Em resumo, a Constituição Federal deferiu ao Legislativo, e não ao chefe do Executivo a prerrogativa de criar um discrímen.

Do exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

JOAQUIM BARBOSA

ANEXO S – Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 458735/RS

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. 458735 / RS

EMENTA:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LIMITAÇÃO ETÁRIA. DECRETO ESTADUAL 37.536/97. INVIABILIDADE. RESERVA LEGAL.

1. A imposição do critério discriminatório – limite de idade máximo – para inscrição no concurso público da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul deverá observar o postulado da reserva legal. A edição do Decreto estadual 37.536/97 não é instrumento legislativo hábil para a imposição da restrição etária no certame. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento.

Brasília, 29 de novembro de 2005.

ELEN GRACIE

Relatora

VOTO:

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. É pacífico o entendimento desta Corte quanto à possibilidade legal de restrição de idade em concurso público como imposição razoável da natureza e das atribuições do cargo pleiteado (RMS 21.046, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, maioria, DJ de 14.11.1991, RE 177.570, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ de 28.02.1997, e AI 535.041, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ de 31.03.2005).

2. Contudo, o critério utilizado como requisito de inscrição ou admissão em concurso público para provimento de cargo no serviço público, civil ou militar, deverá observar o postulado da reserva legal, conforme disposto nos arts. 37, I e II, 39, § 3º, 42, § 1º, e 142, § 3º, X, da Constituição Federal de 1988 (RE 327.784-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 18.02.2005, e RE 330.546-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ de 23.08.2002).

3. A questão *sub judice* está adstrita à viabilidade legislativa de o Decreto 37.536/97 instituir fator discriminatório consistente na limitação de idade máxima para inscrição em concurso público da Brigada Militar estadual.

4. Cumpre ressaltar que demanda idêntica já foi devidamente apreciada por esta Colenda Turma no julgamento do RE 404.656-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, DJ de 23.09.2005. Nessa ocasião, concluiu-se que a imposição da restrição etária mediante Decreto, editado pelo Executivo estadual, não supre a prerrogativa constitucional da reserva legal. Senão, veja-se:

> *"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE. LEI COMPLEMENTAR 10.990/1997 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DECRETO ESTADUAL 37.536/1997. ART. 42, § 9º, DA CF/1988 COM REDAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003.*
> *A fixação do limite de idade via decreto não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei.*
> *Agravo regimental a que se nega provimento."*

No mesmo entendimento, destaco: RE 341.132-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ de 27.09.2005; AI 541.289, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ de 13.06.2005, e o AI 523.254, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ de 14.10.2005.

5. Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

ELEN GRACIE

ANEXO T – Recurso Extraordinário n. 209714/RS

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 209714/RS

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. FISCAL DE TRIBUTOS ESTADUAIS. LIMITE DE IDADE DE TRINTA E CINCO ANOS. ART. 20, INC. II, DA LEI N° 8.118/85, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Inconstitucionalidade da lei gaúcha que estipulou requisito de idade máxima de trinta e cinco anos para inscrição em concurso para o cargo de Fiscal de Tributos Estaduais.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, e declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do art. 20, inciso II, da Lei n° 8.118, de 30/12/85, do Estado do Rio Grande do Sul. Votou o Presidente.

Brasília, 04 de fevereiro de 1998.

MINISTRO ILMAR GALVÃO
Relator

VOTO:

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): O acórdão recorrido fundamentou a decisão no seguinte (fls. 201):

> *"No caso concreto, verifico que o limite máximo de 35 anos fixado no edital do concurso foi imposto pela Lei nº 8.118, de 30 de dezembro de 1985, para os cargos de Fiscal de Tributos Estaduais, na classe inicial "A".*
>
> *A meu sentir, a restrição não discrimina, antes se compatibiliza com a natureza das atribuições a serem desempenhadas.*
>
> *Os recorrentes contam com mais de 35 anos de idade, idades que interferem na qualidade do serviço, pelo desgaste físico que acarreta o satisfatório desempenho do cargo, pondo em jogo o interesse público."*

A referida Lei nº 8.118/85 dispõe no art. 20 transcrito nas informações de fls. 78:

> *"Art. 20 - São requisitos para inscrição no concurso:*
>
> *I- ser brasileiro;*
>
> *II- ter idade, na data da abertura do prazo para entrega dos pedidos de inscrição, não superior a trinta e cinco anos."*

A conclusão adotada pelo aresto é afrontosa ao art. 37, inc. I, que garante o acesso aos cargos, empregos ou funções públicas aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, já que se limitou a dar aplicabilidade a lei estadual

manifestamente contrária ao disposto na Carta Federal, que veda diferença de critérios de admissão em razão de sexo, idade, cor, estado civil e cuja incidência a todo sistema do pessoal civil não se pode restringir.

A jurisprudência desta Corte só admite a limitação de idade para inscrição em concursos para provimento de cargos públicos quando esta constitui requisito necessário em razão da natureza das atribuições do cargo a preencher. Confiram-se, a propósito, os acórdãos prolatados no RE 156.404, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 165.305, Rel. Min. Ilmar Galvão; e RE 176.479, Rel. Min. Moreira Alves.

Ora, no caso, em face da natureza das atribuições do cargo de Fiscal de Tributos, a estipulação de limite de idade de trinta e cinco anos para inscrição em concurso público, realmente, não é justificável, traduzindo discriminação arbitrária.

Aliás, como invocado pelos recorrentes, a Primeira Turma, julgando caso idêntico, entendeu ausente o requisito da razoabilidade, indispensável para tornar legítima a limitação de idade de pretendentes ao cargo público de Fiscal de Tributos.

A ementa do aresto registra:

> *"Concurso público: limite máximo de idade: inconstitucionalidade, quando desarrazoada; inidoneidade, de qualquer sorte, do recurso extraordinário para solver a questão da razoabilidade da restrição etária, não suscitada nas instâncias ordinárias." (RE 176.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)*

Assim sendo, voto pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário para deferir o mandado de segurança, declarando, em conseqüência, a inconstitucionalidade do art. 20, II, da Lei nº 8.118/85, do Estado do Rio Grande do Sul.

ILMAR GALVÃO

ANEXO U – Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.033009-4

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.033009-4.

EMENTA:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - GUARDA MUNICIPAL - LIMITE DE ALTURA - EXIGÊNCIA CARENTE DE AMPARO LEGAL

A exigência de requisitos específicos, como altura mínima para o ingresso nos quadros da guarda municipal, sem previsão em lei, configura ato violador de direito líquido e certo.

O fato de a norma regulamentadora ter sido publicada em data posterior ao edital não afasta a ilegalidade do critério estabelecido no certame em curso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.033009-4, da Comarca de São José, em que é apelante o Município São José e apeladas Patrícia Renner e Gilvana Helena Cordeiro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, em sede de reexame, confirmar a sentença.

Custas na forma da lei.

VOTO

O SR. DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS:

1. As impetrantes insurgiram-se contra o resultado do Teste de Avaliação Física e Biométrica que as considerou inaptas em razão de não possuírem a altura mínima exigida para participar do certame.

Com razão as impetrantes.

A Constituição Federal previu a possibilidade de criação de Guardas Municipais em seu art. 144, § 8º: "Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei".

É certo, por conseguinte, que toda a regulamentação do órgão haveria de ser disciplinada necessariamente por lei, o que efetivamente ocorreu, inclusive com a edição do Decreto Municipal n. 14.862, de 15 de julho de 2004, que criou o Regimento Interno da Guarda Municipal de São José e previu, em seu art. 7º, o requisito de altura mínima para ingresso no órgão.

Ocorre, no entanto, que a referida norma foi editada após a abertura do concurso, após, inclusive, à impetração do presente mandamus, pois o Edital n. 001/2004 é datado de 6.5.2004 e o presente mandado de segurança foi impetrado em 24.6.2004. Conclui-se, por conseguinte, que efetivamente carecia de amparo legal o ato do Município de instituir requisito de altura mínima para ingresso na Guarda Municipal de São José.

Esclarecedora a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito do princípio da legalidade, que deve reger todos os atos da Administração:

"7. Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado - como o será - com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica o que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que

como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma conseqüência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei [Cf. Renato Alessi, ob. Cit., p. 4.].

"Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

"O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberanosúbito (submisso).

"[...]

"Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só pode agir secundum legem [Traité des Actes Adminstratifs, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69.]. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza [Renato Alessi, ob. Cit., p.9.]. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração 'é a longa manus do legislador' [Estudos de Direito Administrativo, Coimbra, Atlântida, 1968, p. 9.] e que 'a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais' [Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder, cit., p. 19.].

"[...]

"O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina" (Curso de Direito Administrativo. 16. ed. São PauloMalheiros Editores, 2003. p.90-95).

No mesmo sentido opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer da lavra do doutor Plínio Cesar Moreira:

"A pretensão do Município apelante não merece guarida.

"Ab initio, cumpre destacar que o Edital que regeu o concurso para preenchimento do cargo de guarda municipal de São José (fls. 24/40) foi estabelecido 'de acordo com as Leis Municipais n° 2.123, de 30 de março de 1990; 2.248, de 20 de março de 1991; 3.727, de 16 de outubro de 2001 e 4.144, de 19 de abril de 2004'.

"Entretanto, observa-se que todas essas normas legais que regeram o Edital n° 001/2004, são omissas no que se refere à altura dos guardas municipais, tendo sido legalizada esta exigência apenas com o Regimento Interno da Guarda Municipal de São José, Lei n° 14.862 de 15 de julho de 2004 (fls. 155/170), mais de 02 (dois) meses após a publicação do Edital que se deu em 06/05/2004.

"Como se isso não bastasse, importante ressaltar que o próprio mandamus fora impetrado 21 dias antes da publicação da referida lei (Lei n° 14.862/04), em 24/06/2004, o que reforça a não aplicabilidade desta ao Edital, e conseqüentemente no Concurso realizado.

"Destarte, em relação ao caso dos autos, fica sem efeito o art. 7°, II, do Regimento Interno que estatui a altura mínima de 1,60 para as mulheres que pretendem ingressar na Guarda Municipal de São José, haja vista que o dispositivo entrou no ordenamento jurídico do Município depois de já estipulada as regras do concurso (Edital).

"Ademais, salienta-se que não foi lícito impor no Edital (item 5.12.6a) a obrigatoriedade de o candidato ter altura superior a 1,60, uma vez que inexistia, naquele momento, a devida correlação legal capaz de garantir à Administração Municipal o direito de fazer tal exigência.

"Neste norte, extrai-se do entendimento jurisprudencial:

"'Somente a lei poderá estabelecer os requisitos de acessibilidade aos cargos públicos quando as atribuições destes os exigir. Por conseqüência, o edital, enquanto lei interna do certame, não tem a conceituação de lei, em sentido técnico, sendo-lhe vedado estabelecer requisitos para o exercício do cargo, devendo somente reproduzir as exigências previstas na lei' (TJSP, Apelação Cível n° 191.688-5/7. Rel. Des. Laerte Sampaio).

"E ainda:

"'AMINISTRATIVO - CONCURSOS PÚBLICO - LIMITE DE ALTURA PREVISTO NO EDITAL - CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA NO TESTE FÍSICO PARA INGRESSAR NA POLÍCIA MILITAR - DIVERGÊNCIA NOS RESULTADOS APRESENTADOS PELOS COMPONENTES DA JUNTA MÉDICA - DECISÃO QUE ACOLHE A POSIÇÃO MINORITÁRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE - INEXISTÊNCIA DE LEI PREVENDO REFERIDA EXIGÊNCIA - DIFERENÇA DE ALTURA IRRISÓRIA - CONCESSÃO DA SEGURANÇA

"(...)

"2. O acesso aos cargos públicos só pode ser limitado em razão de requisitos como altura, idade ou sexo, em virtude de lei e dentro do princípio da razoabilidade. Desse modo, configura flagrante inconstitucionalidade a exigência de altura mínima para o ingresso na Polícia Militar com base simplesmente no edital que regulamenta o concurso público para tal fim, muito embora o padrão estabelecido se mostre razoável e ajustado à compleição média do brasileiro (CF, arts. 37, I e 142, § 3°, X, c/c 42, § 1°)' (Mandado de Segurança n° 2002.001640-3, da Capital. Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros).

"Portanto, não prevendo no momento da publicação do Edital, a legislação municipal vigente, limite específico de altura para o concurso em que se inscreveram as apeladas, resta manifesto, na espécie, o direito líquido e certo de participação no aludido certame, e à investidura, caso suas notas permitirem que se classifiquem, e desde que observada a ordem de classificação, como bem enfatizou a ilustre Magistrada a quo" (fls. 193-195).

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso e, em sede de reexame, confirmo a sentença.

LUIZ CÉZAR MEDEIROS

ANEXO V – Mandado de Segurança n. 2004.011220-3

Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Mandado de Segurança n. 2004.011220-3.

EMENTA:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR - LIMITE DE ALTURA PREVISTO NO EDITAL - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E RAZOABILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

A exigência constante de Edital de Concurso para ingresso na carreira de Policial Militar de estatura mínima, para o sexo feminino, de 1,60m (um metro e sessenta centímetros) não configura ofensa ao princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, uma vez que, em determinados casos, o requisito está relacionado com a indispensabilidade de apresentação de qualidades específicas por parte dos concorrentes, as quais possam acarretar o melhor desempenho das funções, em virtude da natureza do cargo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança n. 2004.011220-3, da Comarca da Capital, em que é impetrante THATIANE DO NASCIMENTO MACHADO e impetrado SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA DO CIDADÃO:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, denegar a ordem, cassando-se a liminar deferida. Vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho que concedia a segurança.

Custas na forma da lei.

VOTO:

O SR. DESEMBARGADOR VOLNEI CARLIN:

O writ versa sobre a possibilidade de se estabelecer altura mínima de candidata no concurso de ingresso na carreira de Sargento da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

A impetrante insurge-se contra a regra contida no Edital n. 004/CESIEP/2003, cuja cópia encontra-se acostada à fls. 30/49, o qual em seu item 3.6.2 elenca os requisitos para a inscrição de candidato ao concurso de ingresso na carreira de Sargento da Polícia Militar, veja-se:

"a) Ser brasileiro; b) Idade mínima de 18 anos e no máximo não ter completado, até o ato da inscrição, 26 anos de idade; c) ter altura mínima de 1,65m para o sexo masculino e 1,60m para o sexo feminino e ter peso proporcional à altura, a ser conferido pela Junta Médica da Corporação, no ato da inspeção de Saúde; d) Estar em dia com o Serviço Militar e Justiça Eleitoral; e) Não ter sido condenado por crime doloso; f) Não exercer, ou não ter exercido atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional; g) se reservista das Forças Armadas, ter sido licenciado no mínimo no comportamento "Bom" e não tê-lo sido a bem da disciplina (ainda que reabilitado para o serviço militar); h) Não será deferida matrícula a candidatos isentos do serviço militar por incapacidade física ou desligado de Curso ou Escola Militares por incapacidade física ou mental; i) Ex-Policiais e Bombeiros Militares e Militares da ativa deverão estar no mínimo no comportamento "Bom"; j) Gozar dos direitos políticos; l) Não estar incompatibilizado para nova investidura em cargo público; m) Possuir idoneidade moral que o recomende ao Ingresso ao Quadro de Sargento de Carreira das Praças da Polícia Militar de Santa Catarina; n) As Declarações e Certidões deverão ser negativas para a matrícula dos Candidatos ao Curso de Formação de Sargento da Polícia de acordo com o item 10.1.2 exigidas do presente Edital; o) Se Civil, sem ter ainda prestado o Serviço Militar inicial, estar na situação de alistado ou dispensado de incorporação; p) Não ter

sido julgado incapaz "definitivamente" para o serviço ativo das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares ou para o serviço militar inicial; q) ter concluído o ensino médio ou concluí-lo até a data da matrícula no Curso de Formação; r) não estar"sub judice"; s) possuir carteira nacional de habilitação, no mínimo categoria "B"; t) para os militares das forças armadas e forças auxiliares tendo em vista característica própria da carreira não poderão encontrar-se em licença para tratar de interesse particular (LTIP), licença para tratamento de saúde (LPS), isenção total em residência (ITR), licença para tratamento de saúde de pessoa da família (LTSPF), reserva remunerada, reformado por incapacidade física; u) ter ingressado na PMSC sob efeito de liminar sem julgamento do mérito, no que tange idade; v) possuir antecedentes, predicados morais e sociais que recomendem o ingresso na PMSC." (sem grifo no original).

Assim, o próprio Edital, em consonância com a norma de regência - Lei n. 6.218/83 - especifica que os candidatos deverão ter altura mínima de 1.65m, se homem, e 1.60m, se mulher, além do preenchimento dos outros pressupostos nele constantes.

Na própria inicial a impetrante afirma que, embora preencha os outros requisitos, não satisfaz a exigência referente à altura, posto que possui 1.57m, ao invés de 1.60m, exigido.

A previsão de altura mínima para a participação no concurso de ingresso nos quadros da Polícia Militar, quando esteada na razoabilidade, não tem o condão de afrontar o princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, uma vez que, em determinados casos, incluindo o ora em exame, a exigência está relacionada com a indispensabilidade de apresentação de qualidades específicas por parte concorrentes, as quais possam acarretar o melhor desempenho das funções, em virtude da natureza do cargo da Administração Pública.

Esta Corte já teve a oportunidade de apreciar a matéria, observe-se:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA MILITAR - LIMITE DE ALTURA PREVISTO NO EDITAL - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E RAZOABILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

"A exigência constante de Edital de Concurso para ingresso na carreira de Policial Militar de estatura mínima, para o sexo feminino, de 1,60 m (um metro e sessenta centímetros) não configura ofensa aos princípios da igualdade e da razoabilidade, nem tampouco violação a direito líquido e certo, uma vez que representa o padrão médio de altura dos brasileiros, sendo perfeitamente concebível admitir-se que aquele que vai exercer função de intimidação a criminosos não deve ter altura abaixo da média, para que possa impor respeito na repressão à marginalidade." (MS n. 04.000081-2, da Capital, Rel. Des. Volnei Carlin, j. em 12/05/04).

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO EM CARGOS DA POLÍCIA MILITAR. LIMITES DE IDADE PARA INSCRIÇÃO. EXIGÊNCIA PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. SEGURANÇA DENEGADA.

"1. O ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, nos termos do § 1° do art. 42, c/c as disposições do art. 142, § 3°, inc. X, da Constituição Federal, será regulamentado por lei, que poderá inclusive prever regramento a respeito dos limites de idade. Por estarem submetidos a regime jurídico especial, distinto dos servidores públicos, não se aplica aos militares a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7° da Lex Mater.

"2. O Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina - Lei n. 6.218/83, art. 11 - prevê expressamente a idade como um dos critérios a ser observado no ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. O fato de a norma não especificar a idade mínima e máxima não constitui fator de invalidação da exigência, desde que o detalhamento conste do edital que regula o certame (AgAI n. 284.001-0/DF, Min. Moreira Alves). Este procedimento atende com mais presteza as necessidades do provimento dos cargos, levando

em consideração a complexidade e diversidade das funções dos integrantes da Corporação. Isso não viola a Constituição Federal porque a exigência está prevista em lei; e não viola o princípio da legalidade porque o edital a ela está vinculado (Mandado de segurança n. 2003.021399-6, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros)." (MS n. 2003.026861-8, da Capital, Rel. Des. Cesar Abreu, j. em 12/05/04).

"ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO EM CARGOS DA POLÍCIA MILITAR - LIMITE DE ALTURA - EXIGÊNCIA PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA

"1. O ingresso na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, nos termos do § 1° do art. 42, c/c as disposições do art. 142, § 3°, inc. X, da Constituição Federal, será regulamentado por lei, que poderá inclusive prever regramento a respeito dos limites de altura. Por estarem submetidos a regime jurídico especial, distinto dos servidores públicos, não se aplica aos militares a garantia inscrita no inc. XXX do art. 7° da Lex Mater.

2. "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. Recurso extraordinário não conhecido" (STF, RE n. 140889/MS, Min. Marco Aurélio)." (MS n. 2003.028630-6, da Capital, Rel. Designado Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 9/06/04).

"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - ALTURA MÍNIMA - PREVISÃO NO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA.

"Não tem direito líquido e certo que legitime a propositura de mandado de segurança o candidato que em concurso público não logra preencher um dos requisitos previstos no edital para a inscrição" (MS n. 01.023658-3, da Capital)."(MS n. 03.029287-0, da Capital, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 09/06/04).

Já decidiu o Excelso Pretório:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE DELEGADO DE POLÍCIA. ALTURA MÍNIMA. REQUISITO. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA.

"1. 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. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 140889/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJU em 15/12/00, p. 104).

"Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limite mínimo e máximo para ingresso em funções, empregos e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 39, § 2º, 37, I, da Constituição Federal" (RE n. 184.835-9/AM, Min. Carlos Velloso).

"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 de concurso, não concorre a primeira condição do mandado de segurança, que é a existência de direito líquido e certo." (RE 148095/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJU em 03/04/98, p. 14).

Do corpo deste último acórdão, destaca-se:

"Na hipótese dos autos, o discrímen mostra-se próprio à função a ser exercida. Na carreira policial, exsurge 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 de 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 1,60 m. Pouco importa que, na espécie, tenha-se o envolvimento de candidata do sexo feminino. A altura mínima exigida mostra-se média, em relação aos padrões brasileiros." (original sem grifos)

Assim, a exigência de altura mínima prevista no Edital não configura ofensa aos princípios da igualdade e da razoabilidade, nem tampouco violação a direito líquido e certo. Ademais, a Lei n. 6.218/83, art. 11, condiciona o ingresso na Polícia Militar à necessidade de capacidade física, entre outras, estando implícito o requisito da altura mínima.

Diante do exposto, denega-se a ordem, cassando-se a liminar deferida.

III -DECISÃO:

Nos termos do voto do relator, decide o Grupo, por maioria de votos, denegar a ordem, cassando-se a liminar deferida. Vencido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho que concedia a segurança.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rui Fortes, Cesar Abreu, Nicanor da Silveira, Newton Janke, Jaime Ramos, Pedro Manoel Abreu e Newton Trisotto.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 11 de maio de 2005.

FRANCISCO OLIVEIRA FILHO
Presidente com Voto
VOLNEI CARLIN
Relator Designado

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ousei divergir da douta maioria porque a restrição do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, há de ser, data venia, entendida em termos no tocante ao Policial Militar, isto por força do § 1º do seu art. 42, relativamente ao ingresso na corporação, devendo ser considerado dentro do critério de razoabilidade, evitando-se impedimento ou discriminação. As peculiaridades da carreira do Policial Militar e conseqüentemente o trabalho desenvolvido, a meu ver, não justificam a exegese predominante. Adilson de Abreu Dallari, mutatis mutandis é categórico quando defende que "tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja" (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., 2ª tiragem, RT, 1992, p. 32).

O Supremo Tribunal Federal não discrepa:

"A imposição de limite de idade em concurso público somente é possível caso tal fator se encontre justificado pelas circunstâncias que cercam o exercício da função" (AGRAG 156537-RS, Min. Marco Aurélio). Esta, debaixo de todas as venias, não é a hipótese, pois inexistem circunstâncias objetivas para negar a participação no almejado certame público.

Esses, pois, os motivos do dissenso.

DES. FRANCISCO OLIVEIRA FILHO

ANEXO X – Recurso em Mandado de Segurança n. 20.637/SC

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança nº 20.637 - SC (2005⁄0147013-9)

EMENTA:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA PREVENTIVA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. ALTURA MÍNIMA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA SEM AMPARO LEGAL. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA.

1. Tratando-se de mandado de segurança preventivo, é de ser afastada a alegação de decadência, com fulcro no art. 18 da Lei n.º 1.533⁄51. Precedente.

2. A vedação à existência de critérios discriminatórios de idade, sexo e altura, em sede concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa, todavia, é imprescindível que mencionado critério esteja expressamente previsto na lei regulamentadora da carreira. Precedentes do STF e STJ.

3. In casu, inexiste previsão legal de altura mínima, para ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, uma vez que não basta, para viabilizar a adoção do critério discriminatório, a exigência genérica de "capacidade física", prevista na Lei Estadual n.º 6.218⁄83.

4. Recurso ordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

VOTO:

A SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

De início, cumpre esclarecer que a Recorrente, devidamente inscrita e aprovada na 1ª Prova do certame público para preenchimento do cargo de 3º Sargento, objetiva evitar a exclusão do concurso na fase de avaliação física. Nesse contexto, é de ser afastada a alegação de ocorrência de decadência, nos termos do art. 18 da Lei n.º 1.533⁄51, em face da natureza preventiva do presente writ.

A propósito:

"TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECADÊNCIA. ART. 18 DA LEI 1.533⁄51. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

- Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não se há que falar em decadência, nem tampouco em aplicação do art. 18 da Lei nº 1.533⁄51.

- Recurso especial conhecido e provido para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que aprecie as questões suscitadas na apelação." (REsp 765.024⁄SP, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 12⁄12⁄2005.)

De outra parte, é certo que a vedação à exigência de idade, sexo, altura, em sede concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa; todavia, segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível que o critério discriminatório esteja expressamente previsto em lei.

Nessa esteira, é de ser reconhecida a ilegalidade da exigência de altura mínima para o ingresso na carreira da polícia militar do Estado de Santa Catarina, em razão da evidente falta de respaldo legal, uma vez que o art. 11 da Lei Estadual n.º 6.218⁄83 – Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina – se refere apenas à exigência genérica de "capacidade física", o que é insuficiente para viabilizar a adoção do mencionado critério discriminatório.

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes proferidos pela Suprema Corte, em casos análogos:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA PARA O INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LEI FORMAL RESTRITIVA DE DIREITO. FIXAÇÃO EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. Concurso público para o cargo de policial militar do Distrito Federal. Altura mínima. Impossibilidade de sua inserção em edital de concurso. Norma restritiva de direito que somente na lei tem sua via adequada. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, AgRg no Ag 518.863⁄DF, 1ª Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 11⁄11⁄2005.)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO PARA A POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ACÓRDÃOS PARADIGMA E RECORRIDO. LEIS DIFERENTES. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. ALTURA MÍNIMA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 11 DA LEI N.º 7.289⁄84. LEI EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL MAS DE CUNHO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE SER ANALISADA EM SEDE ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 280⁄STF.

1. Não restou demonstrada a divergência na interpretação de lei federal dada por diferentes tribunais, uma vez que os acórdãos paradigma e recorrido tratam de leis diferentes, implicando ausência de similitude fática. Precedentes.

2. O precedente da Suprema Corte, proferido no RE 178.209⁄DF, não tem o condão de afastar, por si só, o entendimento consolidado desta Corte no sentido de que as Leis de aplicação restritas ao Distrito Federal, a despeito de terem sido publicadas pelo Congresso Nacional, não são passíveis de serem examinadas por esta Corte, em face do óbice do enunciado n.º 280 da Súmula da Suprema Corte. Precedentes.

3. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o termo genérico "capacidade física" previsto no art. 11 da Lei n.º 7.289⁄84 não pode ser traduzido como exigência de altura mínima para o exercício do cargo de policial militar, devendo, portanto, ser considerada inexistente tal exigência na referida lei. Precedente da Suprema Corte.

4. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no Ag 603.639⁄DF, 5ª Turma, da minha relatoria, DJ de 01⁄02⁄2005.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. LEI LOCAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO VERIFICADA.

Se a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ratificou os fundamentos do despacho a quo não há que se falar em ausência de fundamentação. Ademais, a jurisprudência desta Corte é forte no sentido do acórdão recorrido.

Agravo desprovido." (STJ, AgRg no Ag 554.654⁄DF, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 03⁄05⁄2004.)

Destaco o teor da decisão proferida pelo Min. Joaquim Barbosa, quando do julgamento do Ag n.º 480.510⁄DF, publicado no DJ de 24⁄06⁄2004, que bem reflete a uníssona jurisprudência da Suprema Corte, litteris:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Distrito Federal de decisão que inadmitiu recurso extraordinário contra acórdão, proferido pela Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que manteve sentença que entendera contrariar a Constituição Federal, por não ser previsto em lei, o limite mínimo de 1,65 m de altura para a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal.

2. Alegam os recorrentes violação dos arts. 5º, caput, e 37, I e II, da Constituição, uma vez que não poderia o Edital 234⁄1998 fixar altura mínima para ingresso nos quadros da polícia militar. É que a legislação ordinária que regularia a matéria (Lei 7.289⁄1984, que dispõe sobre o estatuto dos policiais militares da Polícia Militar do Distrito Federal) não faz qualquer ressalva acerca de altura mínima para admissão no quadro, mas apenas expressamente exige o cumprimento da exigência de possuir capacidade física. A falta de previsão legal explícita caracterizaria descumprimento de preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade, ao se criar requisito não previsto em lei, e o princípio da isonomia, ao se estabelecer fator discriminatório ilegítimo no edital.

3. Após o exame dos autos e da legislação pertinente, chega-se à conclusão de que, com efeito, a Lei 7.289⁄1984, em seu art. 11, não veda a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal aos candidatos de estatura inferior a 1,65 m, mas tão-somente, e de forma aberta, preceitua que a matrícula nos estabelecimentos de ensino policial militar respeitará "condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral". Nesse sentido, entendo que é 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 (cf. RE 148.095, rel. min. Marco Aurélio, e RE 176.081, rel. min. Octávio Gallotti). 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, e 143, § 3º, da Constituição estabelecem verdadeira reserva legal, e, por isso, somente a lei pode determinar critérios específicos de admissão a cargos militares (MS 20.973, rel. min. Paulo Brossard).

4. Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2004." (grifei)

Por fim, a título de ilustração, transcrevo os seguintes dispositivos do Estatuto da Polícia Militar de Santa Catarina, Lei Estadual n.º 6.218⁄83, in verbis:

"CAPÍTULO II

Do ingresso na polícia Militar

Art. 10. O ingresso na Polícia militar, ressalvado o previsto no art. 5º, é facultado a todos os brasileiros, sem distinção de raça ou de crença religiosa, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, compridas as condições previstas em Lei, complementadas por regulamentos, normas e instruções.

Art. 11. Para o ingresso na Polícia Militar e matricula nos estabelecimentos de ensino policial-militar destinados à formação de Oficiais e Graduados, além das condições relativas a nacionalidade, idade, aptidão intelectual e psicológica, capacidade física e

idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça, e nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança Nacional." (grifei)

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso ordinário e DOU-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

ANEXO Z – Recurso em Mandado de Segurança n. 13.820/PI

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança nº 13.820 - PI (2001⁄0130868-6)

EMENTA:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – POLICIAL MILITAR – EXIGÊNCIA CONTIDA NO EDITAL – ALTURA MÍNIMA DE 1,60m – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE ILEGALIDADE – PLEITO MANDAMENTAL DENEGADO – PRETENDIDA REFORMA – IMPROVIMENTO.

1. Para a investidura no cargo de soldado da polícia militar deve ser observada a prévia aprovação em concurso público, bem como a observância da natureza e a complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Ante a carência de norma legal que estabeleça critérios específicos para a investidura no cargo de soldado devem ser observados os requisitos que irão resultar no fiel cumprimento da missão conferida pela ordem constitucional de 1988, notadamente no sentido de exercer a atividade de polícia ostensiva e, bem assim, de preservar a ordem pública. Dessa forma, a inexistência de lei específica acerca dos requisitos do processo seletivo não poderá ser considerada óbice para que a Administração, fincada no princípio da razoabilidade, estabeleça exigências necessárias à adequação do exercício da atividade de soldado ao cargo de policial militar.

2. A exigência de estatura mínima de 1,60 m (um metro e sessenta centímetros), se mostra consentânea com o desempenho da função de policial militar, pois reitere-se, o processo seletivo é para o cargo de soldado e não mera função burocrática. Aliado a essa circunstância, o ato normativo editado pela Administração Pública para disciplinar o processo seletivo, consubstanciado no edital, restou amplamente público, de maneira que não se verifica qualquer mácula, seja porque a exigência deriva de bases constitucionais, seja em virtude de evidenciar nítida observância à razoabilidade.

3. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Vencido o Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006.

MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

Relator

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO MEDINA:

O Acórdão recorrido fundamenta-se na razoabilidade da exigência de altura mínima, pelo edital, para o provimento de cargos de soldado feminino da Polícia Militar e na

necessidade de candidatos insatisfeitos insurgirem logo da inscrição no certame, sob pena de concordar com as regras editalíceas.

A exigência da altura há que ser, de fato, razoável, sob pena de inconstitucionalidade. Contudo, isso é insuficiente. Necessário haver previsão legal, como dá certeza o seguinte julgado desta Corte:

RMS - CONSTITUCIONAL - CONCURSO - ALTURA MÍNIMA - A exigência de altura mínima para o ingresso na carreira de Soldado Bombeiro, fixada pelo Edital, sem apoio legal, ofende a Constituição Federal.

(ROMS 9451 / DF ; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1998/0009169-6; Relator Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA)

Tranqüilo também que ao candidato em concurso público é dado impugnar ato ilícito, emitido com lastro em edital, mesmo se concordou com as regas deste. A concordância, por óbvio, não se estende às normas contrárias à Lei ou à Constituição, ainda mais por se tratar de Direito Administrativo e seus comandos de ordem pública.

Assim, o problema a ser enfrentado desloca-se da razoabilidade da exigência de altura mínima, contra que se insurgem as impetrantes e da concordância com as regras do edital, para sua efetiva previsão em lei.

As normas sobre o tema são trazidas pela Procuradoria Geral do Estado do Piauí. Nos artigos transcritos nota-se o termo “capacidade física”, como aquele a permitir o requisito “estatura” do certame.

Creio que capacidade física diverge de compleição física. No primeiro termo, por mais dilargado que se queira, descabe ver “estatura”, “altura”, que se enquadrariam na segunda expressão, ausente nos textos legais.

Acerta o Tribunal a quo, quando afirma ser inadmissível o ingresso de anões na carreira militar. Isso porque a eles falta capacidade física, causada pela precariedade de sua compleição. Já com relação às pessoas baixas não é possível o mesmo raciocínio, pois a estrutura física destas não implica, necessariamente, em falta de capacidade, que pode ser aferida em testes objetivos.

Assim, entendo descabida a exigência de altura, por inexistir previsão legal para tanto, seja em termos específicos, seja por meio de expressão mais ampla, que permita igual entendimento.

Resta, ainda, enfrentar o problema de que, conforme os docs. de f. 67/74, os alegados exames biomédicos das candidatas.

Está no Acórdão:

(...)de acordo com suas fichas de exame biomédico vistas às fls. 67 a 74, onde consta o não preenchimento da altura, portanto, suas eliminações do concurso” (f. 104)

Vejo de outra forma.

Nessas fichas, além do nome das impetrantes / recorrentes e poucas palavras ilegíveis, nada está marcado ou preenchido. Consta, por exemplo, questionário sobre antecedentes pessoais e familiares, além de exames, todos em branco. Consta, também, laudo de inaptidão, em letras mal escritas, porque a candidata “recusou-se a medir altura”.

Tenho que estes documentos são insuficientes para afastar a concessão da segurança. De outro lado, o mandamus limita-se a questionar o requisito da altura, mantendo-se distante dos exames requeridos pelo edital.

Assim, limitado pelo pedido, entendo ser descabida a exigência da altura mínima, por falta de previsão da lei; e ilegal o ato que reprovou as impetrantes no certame, com base apenas nesse requisito. Quanto ao mais, as candidata devem atender as normas do edital.

Posto isso, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário, para garantir o direito de as impetrantes prosseguirem no concurso e participarem do curso de formação, afastando a exigência de altura mínima prevista no edital.

É o voto.

MINISTRO PAULO MEDINA

VOTO:

O SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA:

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Kelly Cristine de Sousa Moreira Siqueira e outras, com o objetivo de reformar, integralmente, v. acórdão proveniente do colendo Tribunal do Estado do Piauí.

O modo de julgar impugnado assentou o entendimento segundo o qual não há falar em direito líqüido e certo à convocação no concurso para o preenchimento de vagas de soldado da polícia militar, uma vez que não há ilegalidade na exigência contida no edital de que o candidato tenha uma estatura mínima de 1,60 m (um metro e sessenta centímetros).

Narram as recorrentes, em síntese, que após aprovação em concurso público para o preenchimento de vagas de soldado da Polícia Militar, foram submetidas aos exames médicos estabelecidos no edital e, em seguida, para a medição da estatura de cada um. Nessa oportunidade, contudo, o médico responsável pelos exames observou que as impetrantes não tinham a medida de 1,60 m (um metro e sessenta centímetros) de altura, exigida no edital, razão pela qual foram eliminadas do concurso. Em vista disso, impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra o Senhor Presidente do Núcleo de Concursos e Promoção de Eventos, fincados na premissa de que a exigência contida no edital, acerca da estatura, além de discriminatória em relação aos nordestinos, não emana de norma legal. Pugnaram, assim, fosse reconhecido o direito de serem convocadas a servir como Policiais Militares e, por conseguinte, afastado o requisito constante do edital.

Após concedida a liminar para a inclusão provisória das impetrantes no quadro dos aprovados no concurso (cf. fl. 54), veio a lume o v. acórdão da Corte Estadual que cassou a liminar e denegou a segurança almejada (cf. fls. 101⁄106).

Obtemperam as recorrrentes, contudo, que não merece subsistir o decisum do Tribunal de origem, uma vez que reconhece como válidas as exigências discriminatórias contidas no edital, de maneira a vulnerar o artigo 5º, incisos XIII e XLII, da Constituição da República.

A douta Subprocuradoria-Geral da República entendeu por se reportar ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, o qual se manifestou pela denegação da segurança (fl. 133).

Após o r. voto do Senhor Ministro Relator Paulo Medina, no sentido de dar provimento ao recurso, pedi vista dos autos para examinar detidamente a pretensão deduzida.

2. Consoante dispõe a Constituição da República, "a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144), por meio de vários órgãos, entre eles as polícias militares. À polícia militar, conforme reza a Constituição Federal, cabe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (cf. § 5º do art. 144).

É sabido que a Constituição Federal não estabelece forma ou procedimento para a realização de concurso público. Ocorre, entretanto, que por meio de norma legal ou pelo edital com ampla publicidade, é que deverão ser traçadas as diretrizes do concurso público, sempre focados nos princípios constitucionais norteadores do exercício do cargo de policial militar.

Assim, é de fácil inferência que para o exercício da função pública de policial militar, além dos requisitos comuns a quaisquer cargos, mister se faz o preenchimento de

determinados requisitos, entre os quais, merece relevo verificar se o candidato possui aptidão física e mental para ocupar o cargo.

A aptidão mental do candidato é verificada pela realização de exame psicotécnico, que é o meio idôneo para investigar se estão reunidas as condições psíquicas para o desempenho do cargo. Assim, no referido exame deve ser aferida a capacidade do candidato, pois, além do porte de arma de fogo, terá que suportar situações adversas e de perigo no combate à criminalidade.

No que alude à aptidão física, de igual maneira, deve ser observada uma adequação entre o desempenho físico esperado para o cargo de soldado da polícia militar, dentro de um critério padrão, previamente estabelecido. Das diversas formas em que é aferida a aptidão física, na hipótese vertente dos autos, encontra-se a estipulação, no edital, de estatura mínima para o exercício do cargo de soldado da polícia militar.

É de ver que essas particularidades, exigidas para o exercício do cargo de policial militar, tem em mira dar efetivo cumprimento aos ditames constitucionais suso referidos.

Nessa senda, evidenciados os requisitos inerentes ao exercício do cargo de policial militar, cumpre interpreta-los à luz da regra que prevê o ingresso nas fileiras da polícia militar.

É cediço que o ingresso ou a investidura em cargo ou emprego público, de regra, depende de aprovação prévia em concurso público. Acerca do tema, dispõe o inciso II do art. 37 da Constituição Federal: "II - 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".

Denota-se que para a investidura no cargo de soldado da polícia militar deve ser observada a prévia aprovação em concurso público, bem como a observância da natureza e a complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Da "quaestio iuris" apresentada, cabe a seguinte indagação: Ante a carência de norma legal que estabeleça critérios específicos para a investidura no cargo de soldado, é livre a forma de ingresso na polícia militar ? A resposta deve ser negativa. Como se verificou anteriormente, o concurso público para a polícia militar deve observar os requisitos que irão resultar no fiel cumprimento da missão conferida pela ordem constitucional de 1988, notadamente no sentido de exercer a atividade de polícia ostensiva e, bem assim, de preservar a ordem pública. Dessa forma, a inexistência de lei específica acerca dos requisitos do processo seletivo não poderá ser considerada óbice para que a Administração, fincada no princípio da razoabilidade, estabeleça exigências necessárias à adequação do exercício da atividade de soldado ao cargo de policial militar.

Nessa linha de pensar, merece ser trazido à colação o magistério do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, ao dissertar que "a jurisprudência tem admitido como válidas, com base no princípio da razoabilidade, exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da isonomia, tais como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão da idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental e outros requisitos de adequação"(cf. "Direito Administrativo Brasileiro", 31ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bure Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, ps. 429⁄430).

Ainda dentro desse raciocínio, permita-se rememorar que o Excelso Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula n. 683, enunciou que "o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido".

No que se refere ao princípio da razoabilidade, convém consignar que Humberto Ávila perlustra que "a razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de eqüidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato

devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação" (cf. "Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos", 2ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 102).

É oportuno ressaltar que a restrição determinada com espeque na razoabilidade poderá sempre ser objeto de apreciação judicial. A propósito, vem a calhar, uma vez mais, o escólio do festejado administrativista Hely Lopes Meirelles, ao elucidar que "os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas. Suas normas, desde que conformes com a CF e a lei, obrigam tanto os candidatos como a Administração. Como atos administrativos, devem ser realizados através de bancas ou comissões examinadoras, regularmente constituídas com elementos capazes e idôneos dos quadros do funcionalismo ou não, e com recurso para órgãos superiores, visto que o regime democrático é contrário a decisões únicas, soberanas e irrecorríveis. De qualquer forma, caberá sempre reapreciação judicial do resultado dos concursos, limitada ao aspecto da ilegalidade da constituição das bancas ou comissões examinadoras, dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos. Isso porque nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. XXXV)" (cf. op. cit. p. 431).

Nessa ordem de idéias, a exigência de estatura mínima de 1,60 m (um metro e sessenta centímetros), se mostra consentânea com o desempenho da função de policial militar, pois reitere-se, o processo seletivo é para o cargo de soldado e não mera função burocrática. Aliado a essa circunstância, o ato normativo editado pela Administração Pública para disciplinar o processo seletivo, consubstanciado no edital, restou amplamente público, de maneira que não se verifica qualquer mácula, seja porque a exigência deriva de bases constitucionais, seja em virtude de evidenciar nítida observância à razoabilidade.

A título de mera lembrança, colhe-se do Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Piauí (Lei n. 3.808, de 16⁄7⁄81), que a polícia militar estadual subordina-se operacionalmente ao Secretário de Justiça e Segurança Pública e é uma instituição permanente considerada força auxiliar e reserva do Exército (cf. art. 2º).

Ora se os policiais militares do Estado do Piauí são considerados força auxiliar e reserva do Exército Brasileiro, não custa lembrar que o concurso de admissão à Escola Preparatória de Cadetes do Exército, estabeleceu, entre os requisitos, que o candidato deverá ter a altura mínima de 1,60 m (um metro e sessenta centímetros), admitindo-se a estatura de 1,57 m (um metro e cinqüenta e sete centímetros) quando o candidato estiver com 16 anos de idade e for efetivado um exame especializado revele a possibilidade de seu crescimento (cf. Instruções para o concurso de admissão à EsPCEx⁄2004 - www.correios.com.br).

Nessa linha, com a devida vênia do Ministro Relator, nego provimento ao recurso e mantenho o modo de julgar da Corte de origem.

É como voto.

MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

ANEXO Aa– Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 598715

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 598715

EMENTA:

CONCURSO PÚBLICO - ALTURA MÍNIMA - INEXISTÊNCIA DE LEI. Longe fica de vulnerar a Constituição Federal pronunciamento no sentido da inexigibilidade de altura mínima para habilitação em concurso público quando esta for prevista estritamente no edital, e não em lei em sentido formal e material.

AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, o que fazem nos termos do voto do relator, em Sessão da Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Presentes os ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a ministra Cármen Lúcia e o ministro Menezes Direito.

Brasília, 01 de Abril de 2008.

Marco Aurélio Relator

VOTO:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na interposição deste agravo, observaram-se os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por Procurador do Distrito Federal, foi protocolada no prazo legal. Conheço.

Preliminarmente, ressalto que os precedentes evocados pelo agravante não amparam a pretensão, por cuidarem de hipótese em que havia lei formal estabelecendo os requisitos e as restrições concernentes ao ingresso na carreira policial.

No caso específico da Polícia Militar do Distrito Federal, o Tribunal de Justiça deixou expresso que a Lei distrital, no artigo 11, prevê apenas que, para o ingresso na Corporação, deve o candidato atender ao requisito de capacidade física, não impondo qualquer condição sob o ângulo da altura. Conseqüentemente, a restrição inscrita no edital do certame surgiu em confronto com o princípio da legalidade (folha 11).

O entendimento está em consonância com a decisão do Plenário do Supremo formalizada quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 20.973-9/DF, relator ministro Paulo Brossard, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de abril de 1992. Na ocasião, o Colegiado evidenciou que "a acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão-somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei".

MARCO AURÉLIO

ANEXO Bb – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 627586/BA

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 627586 / BA.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA.
1. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo.

Brasília, 27 de novembro de 2007.

MINISTRO EROS GRAU
Relator

VOTO:

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): O agravo regimental não merece provimento.

2. O artigo 37, I, da Constituição do Brasil, dispõe que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos **em lei**" (Grifei).

3. Constata-se, assim, a necessidade de previsão legal para a definição dos requisitos do concurso público. No caso dos autos, inexiste lei que estabeleça altura mínima para o provimento do cargo de Policial Militar do Estado da Bahia.

4. Os precedentes desta Corte trazidos pelo agravante não se aplicam à controvérsia ora analisada, porquanto neles havia lei disciplinando as exigências para o concurso público. Ora, se há lei prevendo um dado requisito, certamente não pode o Poder Judiciário dispensá-lo. Entretanto, como já amplamente ressaltado, no caso dos autos, a altura mínima exigida não possui qualquer respaldo legal.

Nego provimento ao agravo regimental.

EROS GRAU

ANEXO Cc – Agravo Regimental de Instrumento n. 384050/MS

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 384050 / MS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DE POLÍCIA. REQUISITO. ALTURA MÍNIMA.

I. - Em se tratando de concurso público para escrivão de polícia, é irrelevante a exigência de altura mínima, em virtude das atribuições do cargo. Precedentes.

II. - Não se admite o exame de cláusulas de edital em sede extraordinária. Precedentes.

III. - Agravo não provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 09 de setembro de 2003.

CARLOS VELOSO
Relator

VOTO:

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): O recurso não merece prosperar. É que o acórdão recorrido ajusta-se à jurisprudência da Casa que, em caso idêntico, no julgamento do RE 194.952/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, decidiu:

> *"**EMENTA**: Concurso público. Altura mínima. Requisito.*
>
> *Tratando-se de concurso para o cargo de escrivão de polícia, mostra-se desarrazoada a exigência de altura mínima, dadas as atribuições do cargo, para as quais o fator altura é irrelevante. Precedente (RE 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.05.99)."* ("D.J." de 11.10.2001).

No mais, pelas razões expendidas no agravo regimental, ter-se-ia de examinar cláusulas do edital, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. No AI 251.195-AgR/DF, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *"**EMENTA**: Não cabe recurso extraordinário para interpretação de cláusula de concurso, nem para resolver suposto conflito entre ela e as instruções do processo seletivo ou dispositivo de lei ordinária."* ("D.J." de 26.5.2000).

No mesmo sentido: RE 227.553-AgR/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, "D.J." de 19.4.2002.

Força é concluir, pelo que se vê, que o agravo é inviável, motivo por que lhe nego provimento.

CARLOS VELOSO

ANEXO Dd – Recurso Especial n. 173.312/MS

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 173.312 – MS (98/0031556-O)

EMENTA :

RESP - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - SEXOS MASCULINO E FEMININO - Não pode haver distinção, em face da isonmnia, dos direitos de homem e mulher, embora, pela própria natureza, certas atividades sejam próprias para o homem ou mais recomendadas para a mulher. O acesso é facultado às carreiras militares. Hoje, fica à deliberação do Estado, naquele concurso, precisar de pessoas para atividades recomendadas para homem e não para mulher. Em sendo assim, não vejo que a simples distinção, em si mesma, possa afrontar o principio da isonomia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William l'atterson.

Brasília, 23 de novembro de 1998 (data do julgamento).

MINISTRO LUZ VICENTE CERNICCHIARO

RELATOR

VOTO

O SR. MINISTRO LUIS VICENTE CERNICCHIARO:

O v. acórdão recorrido escuda-se no princípio da igualdade, impossibilitando, assim, o Estado distinguir pessoas pelo sexo para ingresso no curso de formação de oficiais da Polícia Militar.

O douto voto do Eminente Relator, secundado pelos Ilustres Colegas, havendo dissidência de dois Ilustres Desembargadores, encerra na fundamentação:

"Adoto, como razão de decidir, o mesmo entendimento esposado pela ProcuradoriaGeral de Justiça em seu parecer:

No Brasil, o princípio da igualdade, também chamado de prznczio da isonomia, é norma constilucional básica, assegurando a todos; homens e mulheres; igualdade jurídica.

No capu! do ar!. 5° da Constituição Federal, já consta o princípio da igualdade, ao afirmar que 'todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

O inciso L do mesmo artigo 5° da CE, é ainda mais preciso quanto ao princípio da igualdade dos sexos: 1 — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A posição dos IMPETRADOS, em negar o direito da JMPETI?ANTE pelo frito de ser mulher, de concorrer ao concurso público ofertado pelo Edital n°001/96, para freqüentar o Curso de Forma çãc de Oficiais da Polícia Militar e assim possibilitar o ingresso nos quadros da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, representa a negação do princípio constitucional da isonomia e do tratamento jurídico/Igualitário para pessoas de ambos os sexos. Tal posição, demonstra inclusive, marcas arraigadas de posições ultrapassadas ao sustentar que a mulher não serve para afunção de policial militar.

O requisito previsto no sob-trem 2.1.5 do Edital n°001/96, ver do sexo masculino' não deve prevalecer, por ser manifèsramente zcjtitucional nos termos do art. 5°, 1,

da Lei Magna, e ilegal nos termos da legislação estadual, senão vejamos: Lei Complementar Estadual n° 53, de 90 (Estatuto dos Policiais Militares do Mato Grosso do Sul):

Artigo 11:- O ingresso na Polícia Militar é facultado a todos os brasileiros, após concurso público, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, observadas as condições prescritas em lei e nos regulamentos da Corporação'"
Se a lei não fez distinção, não cabe ao edital fazer a restrição, sob pena de ilegalidade. "

O recorrente postula a reforma do acórdão, fundamentando ser possível fazer a distinção de sexos.

Meu voto é no sentido, Sr. Presidente, de prestigiar o recorrente. Sem dúvida, não pode haver distinção, em face da isonomia, dos direitos de homem e mulher, embora, pela própria natureza, cenas atividades sejam próprias para o homem ou mais recomendadas para a mulher. O acesso é facultado às carreiras militares.

Hoje, fica á deliberação do Estado, naquele concurso, precisar de pessoas para atividades recomendadas para homem e não para mulher. Em sendo assim, não vejo que a simples distinção, cm si mesma, possa afrontar o princípio da isonomia.

Em razão disso, Sr. Presidente, conheço do recurso e dou-lhe provimento.
LUIS VICENTE CERNICCHIARO

ANEXO Ee – Recurso em Mandado de Segurança n.19.464/SC

Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança Nº 19.464 - SC (2005⁄0011483-0)

EMENTA:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - BOMBEIRO MILITAR - EDITAL - LIMITAÇÃO AO SEXO MASCULINO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - APLICAÇÃO - NATUREZA DA FUNÇÃO A SER EXERCIDA - LEI COMPLEMENTAR 172⁄1998 E PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OFENSA - INEXISTÊNCIA - PROVA PRÉ CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

I- Não ofende qualquer direito líquido e certo a disposição prevista no Edital de abertura de Concurso Público para ingresso no cargo de Bombeiro Militar do Estado de Santa Catarina, limitando a inscrição a candidatos do sexo masculino.

II - A Lei Complementar Estadual estabeleceu percentual máximo de ingresso para o sexo feminino no cargo de Bombeiro Militar, a ser definido em edital de concurso público, "em razão da necessidade, peculiaridades e especialidade da atividade policial-militar..."

III - A norma constitucional que veda discriminações para ingresso em cargos públicos não é absoluta, a ser examinada à luz do princípio da razoabilidade.

IV – Mandado de segurança exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação de pretensa ilegalidade, não servindo como remédio hábil para apreciar suposto ausência de razoabilidade na limitação editalícia não demonstrado de plano. Desta forma, inaceitável a adoção de tese cujo arcabouço probatório não foi previamente produzido.

V - Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de fevereiro de 2006(Data do Julgamento)
MINISTRO GILSON DIPP
Relator

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP:

Registre-se que o recurso foi interposto em tempo hábil e foi efetuado o respectivo preparo (fl. 148).

Ultrapassado o conhecimento, passo ao exame do mérito.

Consoante se verifica do autos, a recorrente visando assegurar sua inscrição no Concurso Público para ingresso nos cargos de Soldado na Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar do Estado de Santa Catarina, atacou o item 1.2. do Edital nº 001⁄CESIEP⁄2003 de abertura do referido processo seletivo (fls. 34⁄54), que não contemplou vagas para candidatos do sexo feminino, em suposta afronta ao princípio da isonomia

insculpido no art. 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal, bem como ao art. 7º da Lei Complementar Estadual 172/98, que assim dispõe:

"Art. 7º O ingresso de pessoal na Polícia Militar no Quadro de Combatente de Policiais-Militares será definido em edital de concurso público, em razão da necessidades, peculiaridades e especialidades da atividade policial-militar, observada a lei que trata da fixação de efetivo.

Parágrafo único. O ingresso para o sexo feminino será, no máximo, de 6% (seis por cento) para os cargos de oficiais e de 6% (seis por cento) para os praças, do Quadro Combatente de Policiais-Militares." (fl. 65).

Com efeito, examinando-se o texto legal, conclui-se que o recurso não merece prosperar.

O referido dispositivo normativo não encerra uma obrigatoriedade pura e simples ao Administrador Público de reserva de vagas para mulheres. Ao contrário, expressamente condicionou o ingresso na Polícia Militar no Quadro Combatente de Policiais Militares "em razão da necessidade, peculiaridades e especialidade da atividade policial-militar...". Neste sentido é que deve ser interpretado também o parágrafo único, ou seja, o ingresso para o quadro feminino será em razão da necessidade, peculiaridades da atividade policial-militar, no máximo de 6% (seis por cento).

Na verdade o que o comando legal estabeleceu foi um teto que não pode ser ultrapassado para ingresso de Policiais do sexo feminino. Mas o percentual mínimo, sua fixação, a ser definida em edital, depende das atribuições que se pretende sejam exercidas pelos candidatos aprovados.

Desta forma, conclui-se que a Administração ao publicar instrumento convocatório restringindo a inscrição a candidatos do sexo masculino, se baseou nas necessidades e peculiaridades do cargo a ser provido, entendendo ser razoável a limitação aqui questionada.

Neste sentido, cumpre consignar que jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que a norma constitucional que veda discriminações para ingresso em cargos públicos não é absoluta, a ser examinada à luz do princípio da razoabilidade. Ilustrativamente, os seguintes precedentes, que mutatis mutandis, se adequam à espécie:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR ESTADUAL. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. PREVISÃO LEGAL. CARACTERÍSTICAS DO CARGO. POSSIBILIDADE. NORMA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE APRESENTA ABSOLUTA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte de Justiça, bem como do eg. STF, a norma constitucional que inibe qualquer tipo de "discriminação" para ingresso em cargos públicos não é absoluta.

De acordo com a natureza do cargo e estando prevista tal limitação, a mesma é viável.

Precedentes.

Recurso desprovido." (RMS 18.358/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 05.09.2005).

"CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE RESIDÊNCIA MÉDICA. EXIGÊNCIA QUE SE ENTENDE RAZOÁVEL EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO

1. A discriminação feita em edital de concurso público não se considera ilegal se o fator de discrimen guardar relação de pertinência lógica com a situação fática do caso concreto.

Precedentes desta Corte.

2. Recurso desprovido." (RMS 16.304⁄RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 01.08.2005).

"CONCURSO PÚBLICO - CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL - LIMITE MÍNIMO DE PESO EXIGIDO EM EXAME DE SAÚDE E ANTROPOMÉTRICO PELO EDITAL - POSSIBILIDADE - EXIGÊNCIA QUE SE ENTENDE RAZOÁVEL EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - RECURSO IMPROVIDO

1. A discriminação feita em edital de concurso público não se considera ilegal se o fator de discrimen guardar relação de pertinência lógica com a situação fática do caso concreto.

2. Pode, assim, ser previsto, em edital de concurso público, limite mínimo de peso aos concorrentes, para o ingresso no cargo de soldado da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, em razão das atribuições a serem exercidas pelo candidato aprovado.

Precedentes desta Corte.

3. Recurso improvido." (RMS 11.885⁄MS, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 07.11.2005).

Desta forma, verifica-se que os argumentos deduzidos pela recorrente em momento algum, conseguiram ilidir os fundamentos esposados pelo Tribunal a quo, que, em síntese, concluiu pela inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado na presente via, "pois a Administração Pública Estadual pode utilizar de sua discricionariedade, mediante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para estabelecer o limite de cargos ocupados por mulheres para integrar o Quadro da Polícia Militar." (fl. 120).

Por derradeiro, saliente-se ainda que cabia a recorrente, a fim de comprovar o descumprimento da Lei, demonstrar a ausência de razoabilidade na limitação questionada, ou seja, a existência de vagas no quadro feminino e que as atividades a serem desempenhadas aos aprovados no certame seriam compatíveis com o sexo feminino, informações estas que não podem ser extraída da documentação acostada à inicial.

Neste diapasão, saliente-se que o mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental. A jurisprudência deste Tribunal é uníssona ao referendar tal entendimento. Ilustrativamente:

"ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CARTÓRIO - ESCREVENTE SUBSTITUTO - NOMEAÇÃO PROVISÓRIA - PERMANÊNCIA NO CARGO - IMPOSSIBILIDADE - EDITAL 023⁄96 - NOVAS VAGAS - APROVEITAMENTO DE CANDIDATA APROVADA - EXPRESSA DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA - OBEDIÊNCIA - VAGA PREEXISTENTE - PRETENSA IRREGULARIDADE NO PROVIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

(...)

II - A pretensa ilegalidade, consubstanciada na alegação de que a vaga do Cartório em questão preexistia ao edital, não subsiste. O recorrente não apresentou subsídios capazes de comprovar que, até a data da publicação do ato convocatório, o Corregedor Geral de Justiça do Estado, autoridade competente para expedi-lo, tivesse tomado conhecimento da vacância do cargo ora em litígio. Desta forma, denota-se insuficiência da prova acostada aos autos.

III - Afinal, mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de

sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, não servindo como remédio hábil para afastar candidata habilitada em concurso público e legalmente nomeada para o cargo de Oficial de Cartório, a fim de manter à frente da Serventia, escrevente substituo, designado provisoriamente, que, sequer tendo participado do certame, não conseguiu comprovar o desrespeito às normas editalícias.

IV - Ademais, é incompatível com a natureza da ação mandamental, a dilação probatória. Precedentes.

V- Recurso conhecido e desprovido." (ROMS 14.125-ES, de minha relatoria, DJ de 10.02.2003).

Assim, não há que se falar em ofensa à Constituição Federal ou à Lei Estadual.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

MINISTRO GILSON DIPP

ANEXO Ff – Recurso Extraoridnário n. 120305

Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário 120305

EMENTA:

CONCURSO PÚBLICO - POLICIAL MILITAR - LIMITE DE IDADE - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE NA EXIGÊNCIA. Os pronunciamentos do Supremo são reiterados no sentido de não se poder erigir como critério de admissão não haver o candidato ultrapassado determinada idade, correndo à conta de exceção situações concretas em que o cargo a ser exercido engloba atividade a exigir a observância de certo limite - precedentes: Recursos Ordinários nos Mandados de Segurança nºs 21.033-8/DF, Plenário, relator ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de outubro de 1991, e 21.046-0/RJ, Plenário, relator ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 14 de novembro de 1991, e Recursos Extraordinários nºs 209.714-4/RS, Plenário, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 20 de março de 1998, e 217.226-1/RS, Segunda Turma, por mim relatado, Diário da Justiça de 27 de novembro de 1998. Mostra-se pouco razoável a fixação, contida em edital, de idade máxima - 28 anos -, a alcançar ambos os sexos, para ingresso como soldado policial militar.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Brasília, 29 de junho de 2005.
MINISTRO MARCO AURÉLIO
Relator

ANEXO Gg – Mandado de Segurança n. 200351010174125

Tribunal Regional Federal 2ª Região: Mandado de Segurança nº 200351010174125

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO POR FORÇA DA CONCESSÃO DE LIMINAR. NECESSIDADE DA ENTREGA JURISDICIONAL. SERVIDORA PÚBLICA MILITAR CASADA. ÊXITO EM DUAS ETAPAS DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DE ESTADO CIVIL DIVERSO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ART. 5° DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

1 - O julgamento do mérito torna-se necessário para definição do direito postulado e de eventuais responsabilidades da Administração para com o impetrante e regresso contra o impetrado.

2 - A Constituição Federal em seu art. 7°, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2° proíbe a diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

3 - Aprovação de candidata casada nas duas Etapas do Exame Intelectual para ingresso no Curso de Formação de Sargentos do Exército.

4 - Interpretação sistemática do art. 37, I, da Constituição Federal com o art. 7°, XXX. Exigência de especificidade para cada cargo, como habilitação profissional, capacidade técnica, nível intelectual, jamais relativa ao estado civil.

5 – A limitação do estado civil de candidata ao concurso público para ingresso na Escola de Saúde viola o princípio constitucional da isonomia, uma vez demonstrado que a exigência não decorre das atribuições pertinentes à carreira militar, pois a discriminação ocorre entre candidatas que estão em situação de igualdade, ou seja, integrantes das Forças Armadas.

6 - Manutenção da sentença na íntegra. Remessa necessária improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa necessária, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2005.
GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA
Juiz Federal Convocado na 8ª Turma do TRF-2ª Região

V O T O**:**
O SR. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA**:**

1. Trata-se de mandado de segurança cuja pretensão fundamenta-se em direito líquido e certo da impetrante à inscrição em concurso público no Curso de Enfermagem da Escola de Saúde do Exército, sem a exigência prevista no edital quanto ao estado civil de solteira, viúva, separada judicialmente ou divorciada.

2. O MM Juiz a quo concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar, para que a autoridade impetrada aceite a inscrição da impetrante no concurso público em comento.

Não foi interposto recurso voluntário pela União Federal, subindo os autos a este Tribunal a presente remessa necessária, que conheço diante da presença dos pressupostos de admissibilidade.

3. O Ministério Público Federal sustenta o reconhecimento da situação fática como obstativa à apreciação do mérito. No mérito, opina pela manutenção da sentença.

4. Inicialmente, ressalto que não há se cogitar, na espécie, de perda de objeto da ação, em face do sucesso obtido pela impetrante (fl. 253), uma vez que, por força da concessão de liminar (fls. 76/77), foi reconhecido o seu direito. Nesse sentido, tal manifestação jurisdicional merece ser confirmada, não podendo o Judiciário eximir-se de julgar:

O julgamento do mérito torna-se necessário para definição do direito postulado e de eventuais responsabilidades da Administração para com o impetrante e regresso contra o impetrado. Só se pode considerar perecido o objeto quando, por ato geral, a Administração extingue a causa da impetração, como p. ex., [...] ao suprimir um cargo que estivesse em concurso. Nessas hipóteses, sim, ocorrerá perecimento do objeto da segurança.

Precedentes: STJ: REsp 79.860-SP; REsp 294.147-RS.

5. A Constituição Federal em seu art. 7°, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2° proíbe a diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

6. Neste entendimento, julgou a MM. Juíza (fl. 257)

[...] a estipulação de critérios, sob a égide do poder discricionário da Administração, em edital de concurso, deve ser feita observando a lógica e a razoabilidade. Mister que se possa verificar se a diferenciação feita pela norma editalícia possui uma justificativa racional e necessária, ou se resulta de mera discriminação.

[...] a regra constante do edital do concurso em questão, que exige a apresentação do original de declaração atestando que seria solteiro(a), viúvo(a), separado(a) judicialmente ou divorciado(a), e que não possuiria encargos de família, descendentes ou dependentes, dissocia-se dos princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, basilares da Administração Pública.

7. Ademais, a impetrante, "realizou o Concurso de Admissão 2003 ao Curso de Formação de Sargentos de Saúde – Auxiliar de Enfermagem – 2004 e logrou êxito nas duas Etapas do Exame Intelectual [...]

Não seria, no mínimo razoável, impossibilitar a matrícula ao Curso pretendido à candidata que a própria Instituição considerou apta. A interpretação do art. 37, I, da Constituição Federal deve ser feita sistematicamente com a do art. 7°, XXX. Os requisitos a que se refere o art. 37, I/CF dizem respeito à especificidade de cada cargo, como habilitação profissional, capacidade técnica, nível intelectual, mas jamais relativa ao estado civil.

8. Assim, viola o princípio constitucional da isonomia a limitação do estado civil de candidata ao concurso público de admissão à Escola de Saúde do Exército, uma vez demonstrado que a exigência não decorre das atribuições pertinentes à carreira militar, pois a discriminação ocorre entre candidatas que estão em situação de igualdade, integrantes das Forças Armadas.

9. Isto posto, nego provimento à remessa necessária para manter a r. sentença monocrática na íntegra.

É como Voto.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

ANEXO Hh - Apelação Cível n. 1.0000.00.343691-2/000

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível nº 1.0000.00.343691-2/000

EMENTA:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO CASADO - AUSÊNCIA DE MOTIVO IMPEDITIVO - DIREITO DE PARTICIPAÇÃO - ESTADO CIVIL - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS - NEGATIVA - DESCRIMINAÇÃO DESARRAZOADAS - SEGURANÇA CONCEDIDA - CONFIRMAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 37, "CAPUT" E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Deve ser assegurado ao candidato o direito de participar do concurso público para matrícula no curso de formação de oficiais, impedido tão-somente por ser casado, tendo em vista que a realização do certame deve se pautar pelo cumprimento dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da igualdade de condições a todos que a ele se submetem, nos termos do mandamento constitucional.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUINTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2003.
DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA
Relator

VOTO
O SR. DESEMBARGADOR DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA:

Cuida-se de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por MARCELO HENRIQUE DE ARAÚJO, em face de ato do COMANDANTE GERAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DE MINAS GERAIS, a fim de que lhe fosse assegurado o direito de participar do concurso público para o Curso de Formação de Oficiais, sob a alegação de que, tendo comparecido para efetivação de sua inscrição, foi impedido de fazê-lo, por vedar o Edital 02/02 a inscrição de candidatos casados, violando a legalidade e razoabilidade do certame, havendo, por bem, o digno Magistrado "a quo" conceder a segurança pleiteada, ao deslinde da sentença de fls. 31/32-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, sob o fundamento de que "conforme salientado pelo Parquet '... não há qualquer óbice no fato do bombeiro militar se casar após a aprovação no concurso público e, se não há este impedimento, não há motivo palpável para que o candidato ingresse solteiro na instituição" ("litteris", fls. 32-TJ) de tal forma que "(...) a exigência contida no edital trata-se de discriminação que não se compatibiliza com a natureza das atribuições a serem desempenhadas" (idem), vindo-me os autos em REEXAME OBRIGATÓRIO, razão pela qual encontram-se devolvidas a este eg. Tribunal de Justiça todas as matérias discutidas em inferior Instância, com a observação de que não houve interposição de recurso voluntário pelas partes (certidão de fls. 32v.-TJ).

Conheço da remessa necessária, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

Compulsando os autos, verifica-se que foi o Impetrante impedido de efetivar sua inscrição no concurso para participar no "Curso de Formação de Oficiais do Corpo de Bombeiro Militar do Estado de Minas Gerais" tão-somente por ser casado.

De fato, consta do Edital n.º 02/02 (fls. 08/20-TJ), dentre as condições gerais para inscrição, "2.1.1 ser brasileiro (a); 2.1.2 ser solteiro (a)" ("litteris", fls. 08-TJ).

Entretanto, nos termos da abalizada doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, deve-se ter em mente que o exercício da atividade administrativa de discrição deverá obedecer a critérios racionais, do ponto de vista do senso normal das pessoas equilibradas e respeitosas, além de exercida na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento do interesse público, obedecendo-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nos termos adiante aduzidos, "verbis":

"Princípio da razoabilidade

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.

Princípio da proporcionalidade

Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam" ("in" "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 11ª ed., 1999, p. 66/67).

Observe-se, pois, que em se tratando da prática de atos administrativos discricionários, em que o Agente público detém o poder de decisão dentro das hipóteses legalmente enumeradas, são ilegítimos todos aqueles que deixam ao largo circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da Lei, além daqueles cujo conteúdo ultrapassa o necessário para alcançar seu objetivo.

Na hipótese aqui posta em discussão, de fato, desatende ao interesse público o impedimento de que candidato participe de concurso público simplesmente por ser casado, na medida em que a disputa em concurso, para fins de preenchimento de cargo ou emprego na Administração Pública, tem por finalidade selecionar os melhores candidatos, ou aqueles que melhor atendam às necessidades públicas, além do fato de que, como alega o próprio Impetrante, "a exigência, uma vez que não possui qualquer nexo com o exercício das funções de bombeiro militar, representa verdadeiro atentado ao direito do impetrante de participar em igualdade de condições com os demais candidatos" ("sic", fls. 03- TJ), demonstrando-se a inexistência de um critério justo a excluí-lo do certame.

Certamente, tal fato não é critério razoável e proporcional para impedi-lo de participar da disputa, enquadrando-o como inapto a exercer o "munus" público.

Neste sentido, enfileiram-se algumas jurisprudências oriundas deste eg. Sodalício, as quais, embora cuidem de hipóteses diversas a que ora se analisa nos presentes autos, justamente discute a questão relativa a discriminações desarrazoadas contidas em editais de concurso público, ferindo o princípio da igualdade, nos termos aduzidos, "verbis":

"MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL - EDITAL - CANDIDATO APOSENTADO PELO INSS E APROVADO - INDEFERIMENTO DE NOMEAÇÃO E POSSE - AFRONTA ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS. A liberdade de a Administração Pública estabelecer regras para concurso é relativa, e deve respeitar o princípio constitucional da legalidade, que permite tudo aquilo que a lei não veda. As condições de participação de brasileiros em concursos públicos somente pode ser fixada por lei, nunca por regulamento ou edital. O edital de concurso público, apesar de fazer lei entre as partes, não pode conter regras contrárias à lei. se veda a inscrição de candidato aposentado pelo INSS, cria obstáculos em afronta a norma constitucional que não a prevê (art. 37, I e XVI, e seu par. 10º da CF)" (7ª CC, Apelação Cível n.º 301.478-4, rel. Des. WANDER MAROTTA, j. 24.2.03, "DJ" 27.5.03).

"Mandado de segurança. concurso público. Auxiliar de necropsia. Idade. Limite. Assegura-se o direito da parte prestar concurso público destinado ao provimento de cargos da Polícia Civil, quando configurado que a exigência da idade máxima de 32 anos para acesso ao cargo, aplicável apenas àqueles que não são servidores públicos efetivos do Estado de Minas Gerais, é inconstitucional, por violar o direito de igualdade previsto no "caput" do art. 5º da Constituição da República. Rejeita-se a preliminar e confirma-se a sentença no reexame necessário" (4ª CC, Apelação Cível n.º 295.239-8, rel. Des. ALMEIDA MELO, j. 19.12.02, "DJ" 23.5.03).

"concurso público da PMMG - candidato reprovado na fase de "Exames Oftalmológicos" à alegação de ser portador de deficiência visual - Prova de que o candidato goza de boa saúde visual e que sua eliminação se deu em virtude da constatação de cicatrizes de cirurgia corretiva a laser de miopia - Exclusão injusta e arbitrária - Subjetividade dos exames realizados - Anulação do ato administrativo - Confirmação da sentença no duplo grau de jurisdição" (2ª CC, Apelação Cível n.º 239.480- 7, rel. Des. ABREU LEITE, j. 4.6.02).

Importante frisar que a Constituição da República, em seu art. 37, I, prevê que "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", ao passo que a investidura depende de aprovação prévia em concurso de Provas ou de Provas e Títulos, exsurgindo daí alguns requisitos, dentre eles ser o concurso realizado em condições iguais a todos os candidatos.

Se assim não fosse, restariam de plano violados os princípios basilares da Administração Pública, sobretudo o da legalidade e da impessoalidade, razão pela qual não deve prevalecer o impedimento ao candidato, ora Impetrante, na forma como praticada administrativamente.

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, "ex lege".

DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

ANEXO 80

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Reexame Necessário nº 1.0382.04.039877-0/002

EMENTA:

CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA PMMG - CONCURSO - REQUISITO DE INSCRIÇÃO: ESTADO CIVIL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

A exigência do estado civil de solteiro para inscrição no concurso para o Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais vai de encontro ao princípio da razoabilidade.

Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0382.04.039877-0/002 - COMARCA DE LAVRAS - REMETENTE: JD DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE LAVRAS, AUTOR(A)(S)(ES): HÉBER MARTINS PEREIRA - RÉ(U)(S): COMANDANTE DO 8º BATALHÃO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2005.
DES. KILDARE CARVALHO
Relator

VOTO

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

Trata-se de reexame necessário da r. sentença proferida pela MMª. Juíza da 1ª Vara Cível da comarca de Lavras que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Heber Martins Pereira contra o ato do Comandante do 8º Batalhão da Polícia Militar de Minas Gerais, concedeu a segurança, para determinar que o impetrante seja matriculado e freqüente o Curso de Formação de Soldados da PMMG (CTPS/2004).

Conheço da remessa oficial do processo, por força no disposto no art.12, parágrafo único da Lei nº1.533/51.

Compulsando o processado, observa-se que o recorrido impetrou o mandado de segurança sob estudo, a fim de questionar o requisito constante do item 3.1.2 do Edital do CONCURSO para ingresso no CTPS/ 2004: "ser solteiro (a)".

Informou que, quando prestou a declaração de que era solteiro, encontrava-se separado de fato há mais de três anos, razão pela qual acreditava que retornava ao status quo ante. Aduz ainda que encontra em tramitação a ação de seu divórcio direto, sendo que, quando for prolatada a sentença, alcançará a mesma condição dos candidatos solteiros. Colacionou, por fim, a prova de que foi aprovado em todas as demais fases do CONCURSO, preenchendo, portanto, os demais requisitos para a freqüência no curso.

A MMª Juíza de origem houve por bem conceder a segurança.

A meu sentir, a r. sentença merece ser integralmente confirmada.

Senão vejamos.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o Curso para o qual pretende o impetrante autorização para matrícula e freqüência visa ao ingresso na Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Logo, deve ser aplicada à espécie a legislação concernente à carreira militar.

É que, como se sabe, militares são todos os membros das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

Assim, aplicam-se à hipótese, em primeiro lugar, os artigos 42, 142 e 143 da Carta Política, além dos princípios gerais do Direito.

Neste contexto, tem-se que o art. 142, §3º, inciso VIII, da Constituição Federal, não contempla, entre os direitos sociais atribuídos aos militares, aquele elencado no inciso XXX, do art. 7º, que diz respeito à proibição do critério de admissão por motivo de estado civil.

Também é certo que a Lei nº.5301/69, que contém o Estatuto de Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais, elenca, dentre os requisitos para ingresso na Corporação, a exigência de ser o CANDIDATO solteiro (art. 5º).

Isto, contudo, não basta.

É que o referido pressuposto, isto é, ser o candidato solteiro, a meu ver, afigura-se inconstitucional, à medida que elege, como critério diferenciador dos indivíduos, para fins de ingresso em cargo público, o estado civil, o qual não tem qualquer correlação, em princípio, com o exercício da função, seja ela civil ou militar.

Com efeito, não é possível se afirmar, de maneira objetiva, que o militar solteiro tenha melhores condições de desempenhar as funções da carreira militar que o candidato casado, ou no caso específico dos autos, que o divorciado, diante da ação de divórcio movida pelo autor e ainda em curso.

Pior. Mediante tal discriminação, incentivam-se as uniões informais e a burla à legislação militar e civil.

Dentro desta perspectiva, pode-se questionar se o indivíduo que vive maritalmente com outra pessoa está impedido de ingressar na Polícia Militar de Minas Gerais, ou, ainda, se aquele que ingressa na Corporação fica obrigado a cumprir um período de carência, sem contrair núpcias.

Estas colocações têm em mira demonstrar o quão divorciado do princípio da razoabilidade está o requisito configurado no estado civil do candidato, para ingresso na PMMG.

Com efeito, não se mostra razoável a inadmissão do impetrante à matrícula e freqüência no CTPS/2004, devido ao fato de ser casado, sobretudo tendo em vista que foi ele aprovado em todas as demais fases do concurso.

A meu ver, inexiste correlação entre o casamento ou o impedimento de contraí-lo e o exercício das funções militares.

Tem-se aí uma forma de descriminação infundada e ilegal, sem razão objetiva ou lógica, a ofender a ordem constitucional vigente.

Veja-se, a respeito, como se manifestou o Supremo Tribunal Federal, relativamente à
colocação do sexo como critério de admissão para a carreira militar, situação bastante semelhante à dos autos no que toca à utilização de pressuposto discriminatório para a inscrição em concurso público:

"CONCURSO PÚBLICO - CRITÉRIO DE ADMISSÃO - SEXO - A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade do critério de admissão considerando o sexo. Artigo 5º, inciso I e §2º do art. 39 da Carta Federal. A exceção corre à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio- constitucional. O CONCURSO PÚBLICO para preenchimento de vagas existentes no quadro do Oficialato da Polícia Militar, no quadro de Saúde primeiro-tenente, médico e dentista enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo". (RE 12.0305 - RJ - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 09.06.1995)

De tudo o que foi dito, pode-se concluir que a Constituição Federal permite que a Lei estabeleça requisitos de acessibilidade aos cargos públicos. Também não se nega que a carreira militar possui certas peculiaridades que lhe são inerentes, e que, por isso mesmo,

justificam tratamento diferenciado quanto a algumas questões. No entanto, os militares, ainda que sujeitos a Estatuto Próprio, não estão à margem da ordem constitucional, bem como dos princípios gerais de Direito. Sendo assim, devem, tanto na elaboração das leis que regerão a sua atividade, quanto na realização dos atos administrativos, observar a ordem jurídica de maneira ampla, não se limitando aos seus próprios regulamentos, os quais devem observar não só o texto literal da Carta Política, como também o espírito desta.

Vale dizer, embora a Constituição da República não proíba a adoção de critérios de admissão em razão do estado civil no que tange à carreira militar, isto não implica em afirmar que ela permita a utilização deste critério ao bel prazer do administrador, como forma de discriminar iguais. Isto é, somente se justifica a diferenciação dos candidatos pelo estado civil se houver um motivo relevante, o qual não foi apresentado no caso dos autos, sequer em sede de informações.

Por fim, com relação à ofensa ao princípio da isonomia entre os candidatos, ao argumento de que o impetrante ficaria isento de preencher um dos requisitos legais, é sempre bom lembrar que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Com estas considerações, em reexame necessário, confirmo a r. sentença na sua integralidade.

Custas, ex lege.

KILDARE CARVALHO

ANEXO Ii - Recurso Especial n. 750.666/PA

Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 750.666 - PA (2005⁄0080740-2)

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. REEXAME. DESCABIMENTO.

I - É vedado, em sede de embargos de declaração, ampliar a quaestio trazida à baila no recurso especial, colacionando razões não suscitadas anteriormente.

II - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada, sustentada em legislação federal infraconstitucional, não padecer dos vícios que autorizariam a sua interposição (obscuridade, contradição e omissão).

III - Na espécie, o embargante pede declaração quanto à aplicação de dispositivos constitucionais, cuja apreciação refoge da competência deste c. Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial, que se destina precipuamente à uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional.

IV - Esta c. Corte já tem entendimento pacífico de que os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só serão admissíveis se a decisão embargada ostentar algum dos vícios que ensejariam o seu manejo (omissão, obscuridade ou contradição).

Embargos declaratórios rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 17 de abril de 2007. (Data do Julgamento).
MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

VOTO
O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER:
A irresignação do embargante não merece acolhida.

Nas suas razões do recurso especial, o ora embargante alegou tão-somente violação ao disposto no artigo 8º do Decreto-Lei nº 2.320⁄87. Por isso, é impossível levantar questões relativas a dispositivos legais que não foram objeto do apelo, o que se traduz em inovação não permitida nesse momento processual.

Ademais, cumpre anotar o teor do enunciado nº 320 da Súmula deste c. Superior Tribunal de Justiça, verbis: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

Além disso, os embargos declaratórios não são recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua interposição (obscuridade, contradição e omissão).

Por outro lado, observo que os pontos omissos alegados pelo embargante referem-se à manifestação desta e. Turma acerca de dispositivos constitucionais, cuja apreciação refoge ao âmbito do recurso especial, que se destina precipuamente à uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional.

Por fim, observo que esta c. Corte já tem entendimento pacífico de que os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só serão admissíveis se a decisão embargada ostentar algum dos vícios que ensejariam o seu manejo (omissão, obscuridade ou contradição).

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA.

I- (...)

II- Na espécie, o embargante, à conta de omissão no decisum, pretende o reexame da matéria já decidida. Os embargos declaratórios não são recurso de revisão e mesmo que manejados para fins de prequestionamento são inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua interposição (obscuridade, contradição e omissão).

III- (...)

IV- Embargos declaratórios rejeitados."

(EAREsp nº 749644-AM, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 03⁄04⁄06).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL EM QUE SE ALEGAVA CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC. DECISÕES EM QUE SE EXPLICITAM OS MOTIVOS PARA REJEITAR A ALEGAÇÃO DO RECORRENTE. FINS DE PREQUESTIONAMENTO SEM DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ALGUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC.

I - Ainda que opostos com fins de prequestionamento, os embargos de declaração devem se enquadrar nas hipóteses previstas no art. 535 do Código de Processo Civil.

II - Embargos de declaração rejeitados."

(EEARES 685453-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 27⁄03⁄06).

Ante o exposto, rejeito os embargos declaratórios.

É o voto.

Ministro FELIX FISCHER

ANEXO Jj - Recurso Especial n. 780.032/DF

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 780.032 - DF (2005⁄0148810-6)

EMENTA:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude da simples existência de inquérito policial arquivado por sentença transitada em julgado em 1993. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2007(Data do Julgamento)
MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

VOTO
MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Conforme relatado, o Tribunal de origem manteve sentença que concedeu a ordem em mandado de segurança impetrado pelo recorrido no qual busca a desconstituição do ato que o excluiu do concurso público para Agente da Polícia Civil do Distrito Federal por ter, ele sido investigado em inquérito policial, arquivado em 1993.

A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Nesse sentido: AgRg no AG 570.461⁄RJ, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 14⁄6⁄04.

No caso, não obstante tenha o recorrente oposto embargos declaratórios visando o prequestionamento do art. 27, I, "a", da Lei 8.185⁄91, a matéria não foi discutida no Tribunal de origem, sendo o caso de incidência do disposto na Súmula 211⁄STJ, que assim prescreve: "Inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*". Nesse sentido: AgRg no REsp 741.099⁄RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 18⁄12⁄06.

Quanto à alegada ofensa ao art. 9º da Lei 4.878⁄65, em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, a conduta do recorrido não pode afetar os requisitos de procedimento irrepreensível ou idoneidade moral inatacável, uma vez que o inquérito policial instaurado para averiguação de suposta prática de crime foi arquivado por sentença transitada em julgado em 1993. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO PROCESSADO. PRESCRIÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ.

I – O simples fato do candidato ter sido processado, há anos, pela prática de crime de porte ilegal de entorpecentes, sendo que foi extinta sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, seu maior detalhamento, a ponto de impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

II – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

III – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso não conhecido. (REsp 327.856/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 4/2/02)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO PROCESSADO. PRESCRIÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES.

.....

II - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de o candidato haver sido investigado em inquérito policial posteriormente arquivado ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, seu maior detalhamento, de forma impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no AG 463.978/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 4/8/03)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

ARNALDO ESTEVES LIMA

ANEXO Kk - Recurso em Mandado de Segurança n. 22.089/MS

Superior Tribunal de Justiça: recurso em mandado de segurança nº 22.089 - MS (2006⁄0120894-3)

EMENTA:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. FATOS QUE CONFIGURAM CRIME. APURAÇÃO NA VIA CRIMINAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE.

I - A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes.

II - As condutas apuradas pela Comissão de Investigação Social do concurso, as quais foram devidamente apuradas na esfera penal, tendo, algumas, sentença condenatória com trânsito em julgado, são incompatíveis com o que se espera de um policial militar, em cujas atribuições funcionais se destacam a preservação da ordem pública e manutenção da paz social.

III - O direito à ampla defesa, em concurso público, se materializa com a interposição de recurso administrativo, o qual, na espécie, não foi interposto pelo recorrente.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de junho de 2007. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

VOTO:

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER:

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Alega o recorrente que a investigação social, motivadora da sua exclusão do certame, não poderia ter sido realizada após a homologação do concurso.

Sem razão o recorrente. O edital do concurso, nos item 5.5 e 10.1.1, assim estabeleciam:

"5.5. O candidato poderá ser excluído, a qualquer momento, deste Concurso Público pela investigação social

10.1.1. A investigação social terá início na inscrição do Concurso e perdurará até a homologação do mesmo."

Quando da impetração do mandamus (12.07.2005), o concurso ainda não havia sido encerrado, encontrando-se na 4ª fase (Curso de Formação).

Ainda segundo o edital (item 12.2), "o resultado final do Concurso será homologado pelos Secretários de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos e o de Justiça e

Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, mediante Edital publicado no Diário Oficial do Estado, acompanhado da relação nominal dos aprovados, em ordem de classificação".

Portanto, o documento de fls. 23, consistente na publicação do resultado final do concurso não pode ser entendido como homologação deste, vez que esta ocorre em momento posterior, quando a autoridade hierárquica, confirmando a validade do certame, o declara encerrado.

Como bem destacou a d. Subprocuradoria-Geral da República, "não há falar em aplicação da teoria do fato consumado pois a liminar deferida foi apenas para assegurar ao recorrente a permanência no Curso de Formação até o julgamento final do mandamus, e a simples conclusão deste, como fato isolado, não gera direito à aprovação no concurso e conseqüente nomeação e posse".

As condutas do recorrente, que motivaram a sua exclusão do certame na fase de investigação social, foram devidamente apuradas e detalhadas pela Comissão de Investigação Social do concurso, no processo nº 31⁄151.281⁄2005 (fls. 502-504), e foram expressamente referidas no v. acórdão recorrido:

"... A Comissão de Investigação Social devidamente nomeada apontou a existência de vários crimes praticados pelo impetrante, inclusive que foi condenado pelo crime de ameaça e não cumpriu a pena, pois deixou de entregar as cestas básicas à entidade indicada. Foi também condenado administrativamente porque, usando da qualidade de policial militar, realizou perseguições pessoais, lavrando multas de trânsito em desfavor do seu ex-sócio, por questões financeiras.

Se não bastassem esses fatos, há inquérito policial apurando a autoria do crime de falsificação ideológica possivelmente praticado pelo impetrante, e notícia de que fora absolvido por insuficiência de provas acerca do crime de apropriação indébita de dois cheques em que figura como vítima a empresa Ciclo Ribeiro Comércio e Representações Ltda..." (fl. 529).

A investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial e de outras carreiras do serviço público não menos importantes (item 10.2 do edital).

As condutas delineadas no v. acórdão são incompatíveis com o que se espera de um policial militar, em cujas atribuições funcionais se destacam a preservação da ordem pública e manutenção da paz social. "É indispensável que o candidato a Policial comprove procedimento irrepreensível, ser dotado de boa saúde psíquica e ter procedimento adequado para o cumprimento de tão dura e nobre missão, de propiciar garantia ao cidadão" (REsp. nº 15.410-DF, DJU de 09.03.1992).

Destaco, ainda, que não é de acolher o argumento de que não lhe foi oportunizado o direito de se defender das conclusões da Comissão do Concurso acerca da investigação social, uma vez que o direito à ampla defesa, em concurso público, se materializa com a interposição de recurso administrativo, o qual não foi interposto pelo recorrente. Muito embora inexistisse previsão editalícia de recurso do resultado da investigação social, não estaria o recorrente tolhido de assim fazê-lo, pois o direito de petição aos órgãos públicos é garantia constitucional assegurada a todos, indistintamente, tendo a Administração Pública a obrigação de responder os requerimentos dos seus administrados.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

MINISTRO FELIX FISCHER

ANEXO Ll - Recurso Especial n. 414.933/PR

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial Nº 414.933 - PR (2002⁄0018971-6)

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE PROCESSO CRIMINAL JÁ EXTINTO PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de junho de 2006 (Data do Julgamento)
MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

VOTO
MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

O recorrente pretende, com fundamento nos arts. 8º, I, do Decreto-Lei 2.320⁄87 e 65 e 66 do CPP, a reforma da decisão que determinou o prosseguimento do recorrido no curso de formação da Polícia Federal.

Inicialmente, esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos formulados pelas partes.

Ademais, não se verifica ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando inexistem, na decisão agravada, omissão, contradição ou obscuridade, mas tão-somente finalidade de prequestionamento.

Na espécie, o acórdão recorrido apresentou fundamentos suficientes para reconhecer ao autor o direito à permanência no curso de formação e à sua nomeação ao cargo de agente da Polícia Federal.

No que tange ao mérito, verifico dos autos que o recorrido foi aprovado em concurso público para provimento do cargo de Agente da Polícia Federal. Em setembro⁄1996, quando já participava do curso de formação, foi determinado seu desligamento em razão de ter sido processado pela prática do crime previsto no art. 16 da 6.368⁄76, o que afetaria o requisito de procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, nos termos dos arts. 8º e 15 do Decreto-Lei 2.320⁄87:

Art. 8º. São requisitos para a matrícula em curso de formação profissional, apurados em processo seletivo, promovido pela Academia Nacional de Polícia:

I - ter procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, avaliados segundo normas baixadas pela Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal;

Art. 15. Será demitido o servidor policial que, para ingressar nas categorias funcionais da carreira Policial Federal, tenha omitido fato que impossibilitaria a sua matrícula em curso de formação ou de treinamento profissional, apurado mediante processo disciplinar.

A Instrução Normativa nº 3/DPF, que regula tais dispositivos, dispõe:

3. DOS FATOS

3.1. São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral inatacável:

.....

f) prática de ato que possa importar em escândalo ou comprometer a função pública;

.....

i) prática de ato tipificado como infração penal;

j) estar indiciado em inquérito policial ou respondendo a ação penal ou a procedimento administrativo.

Ocorre que referido processo foi posteriormente extinto em virtude da prescrição retroativa da pretensão punitiva, decisão transitada em julgado em 15/12/1992.

Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, a conduta do recorrido não pode afetar os requisitos de procedimento irrepreensível ou idoneidade moral inatacável, uma vez que não foi condenado no processo criminal e, conforme informações constantes dos autos, é primário e possui bons antecedentes. Com efeito, não restou comprovada a materialidade e a autoria da conduta. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. AGENTE PENITENCIÁRIO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO PROCESSADO. PRESCRIÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ.

I – O simples fato do candidato ter sido processado, há anos, pela prática de crime de porte ilegal de entorpecentes, sendo que foi extinta sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, seu maior detalhamento, a ponto de impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

II – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

III – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso não conhecido. (REsp 327.856/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 4/2/2002, p. 488)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO PROCESSADO. PRESCRIÇÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES.

II - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de o candidato haver sido investigado em inquérito policial posteriormente arquivado ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como

desabonador de sua conduta, seu maior detalhamento, de forma impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no AG 463.978⁄DF, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 4⁄8⁄2003, p. 370)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

ANEXO Mm – Apelação Cível n. 200101 1024686-8

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 200101 1024686-8

EMENTA:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE PENITENCIÁRIO – EXAME MÉDICO – CANDIDATO PORTADOR DO VÍRUS HIV – ELIMINAÇÃO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA – DESPROVIMENTO À UNANIMIDADE.

I – A Lei Distrital nº 1.898/98 veda a exigência do exame para detecção do vírus HIV aos candidatos a emprego (art. 7º). Tal procedimento discriminatório, ademais, encontra óbice na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe a exigência do teste de HIV nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

II – O ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal é regulado pela Lei Federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, cujo art. 5º estabelece: "Art. 5º o ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente".

III – Na hipótese em que se verifica que o ato administrativo consubstanciado na desclassificação de candidato portador do vírus HIV do concurso público se apartou da legalidade, a medida que se impõe-se é a concessão da segurança.

IV – Recurso conhecido e desprovido à unanimidade. Sentença mantida, também em razão do reexame necessário.

Acórdão

Acordam os Senhores Desembargadores da TERCEIRA TURMA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, WELLINGTON MEDEIROS - Relator, JERONYMO DE SOUZA - Revisor, VASQUEZ CRUXÊN - Vogal, sob a presidência do Desembargador VASQUEZ CRUXÊN, em CONHECER DO RECURSO E A ELE NEGAR PROVIMENTO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 2 de setembro de 2002.

Desembargador WELLINGTON MEDEIROS

Relator

VOTO:

O SR. DESEMBARGADOR WELLINGTON MEDEIROS:

Conheço do recurso, presentes os pressupostos que autorizam sua admissibilidade. Verificada, outrossim, a hipótese prevista no inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil, passo simultaneamente ao reexame necessário da r. sentença monocrática e à apreciação do apelo.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação de sentença concessiva de segurança impetrada por R. L. DE M. F. contra ato do DIRETOR DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL que o considerou inapto na fase de avaliação médica do processo seletivo para o cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, por ser portador do vírus HIV, desde 1996.

Compulsando os autos, verifico que, realmente, o ato administrativo combatido apartou-se da legalidade.

Com efeito, a Lei Distrital nº 1.898/98, em seu art. 7º, veda a exigência do exame de HIV aos candidatos a emprego. Ademais, tal procedimento discriminatório encontra óbice,

também, na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe tal exigência nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

Assim, tenho que a r. sentença merece subsistir, como reconheceu a douta Procuradoria de Justiça, ao endossar o parecer exarado pela ilustre Promotoria de Justiça, cujos fundamentos peço vênia para colacionar, *in verbis*:

"A Constituição, em seu art. 37, inciso II, estabelece o seguinte: 'Art. 37. II. 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. [sem grifo no original]'.

Verifica-se, pois, que a Carta Magna deixou para a lei a tarefa de fixar as condições a serem cumpridas para o ingresso no serviço público, seja da União ou das unidades da Federação. No Distrito Federal, como é cediço, em face do comando da Lei local nº 197/91, adotou-se o texto original da Lei federal nº 8.112/90 para viger até que fosse elaborada e editada uma lei local para regulamentar o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal. Entretanto, em relação aos policiais civis, em face do comando da Lei Orgânica do DF (artigo 117, parágrafo 1º) restou previamente estabelecido qual seria o critério de admissão nas carreiras dos órgãos ligados à Segurança Pública do DF, *in verbis*:

'Art. 117. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida nos termos da legislação pertinente para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio pelos seguintes órgãos, relativamente autônomos, subordinados diretamente ao Governador do Distrito Federal:
I – Polícia Civil;
II – Polícia Militar;
III – Corpo de Bombeiros Militar;
IV – Departamento de Trânsito.
§1º. O ingresso nas carreiras dos órgãos de que trata este artigo dar-se-á por concurso de provas ou de provas e títulos, provas psicológicas e curso de formação profissional específico para cada carreira.
§ 2º. Durante o curso de formação profissional de que trata o parágrafo anterior, o pretendente à carreira terá acompanhamento psicológico, o qual se estenderá pelo período do estágio probatório'. [sem grifo no original]

Ademais, sobre o ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal, veio a lume a Lei federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, que dispôs da seguinte forma:
'Art. 5º. O ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente'. [sem grifo no original]

Sem embargo da discussão que se poderia instalar sobre a constitucionalidade da disposição da Lei Orgânica neste particular, verifica-se, então, que é o regime jurídico peculiar aos policiais civis do Distrito Federal (Lei federal n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965) que regulamenta o ingresso na carreira policial civil.

A Lei federal nº 4.878/65 estatui em seu artigo 9º, inciso VI, que é requisito para a matrícula na Academia Nacional de Polícia, ou, em linguagem atual, para a matrícula no curso de formação profissional específico de cada carreira, gozar de boa saúde, física e psíquica, comprovada em inspeção médica.

No presente caso, o impetrante entende que a exigência de exame de sorologia positiva para o vírus da imunodeficiência adquirida não acarretaria prejuízo para a capacidade laboral do seu portador.

Depois de detida análise do caso, o Ministério Público entende que o impetrante tem razão, senão vejamos:

O Edital do certame dispõe no item 5.20 sobre o exame biométrico e a avaliação médica (fl. 101). Diz o item 5.20.3 do Edital: 'O Exame biométrico e a avaliação médica destinar-se-ão à constatação, mediante exame físico e análise dos testes e dos exames laboratoriais solicitados, de doenças, de sinais e/ou de sintomas que inabilitem o candidato, segundo os critérios a seguir:

a) GERAIS: defeitos físicos, congênitos e/ou adquiridos, com debilidade e/ou perda de sentido ou de função; cirurgias mutiladoras; neoplasias malignas; doenças crônicas e/ou agudas incapacitantes;

b) ESPECÍFICOS: sopros, arritmias cardíacas; hipotensão ou hipertensão arterial que esteja acompanhada de sintomas possua caráter permanente e/ou dependa de medicação para o seu controle; vasculopatias evidentes ou limitantes; hérnias; marcha irregular e/ou uso de aparelhos ortopédicos; grandes desvios da coluna vertebral; artropatia crônica; redução dos movimentos articulares; doenças ósseas; distúrbios importantes da mímica e da fala; arritmia cerebral; distúrbios da sensibilidade táctil, térmica e/ou dolorosa; incoordenação motora, bem como doenças incuráveis. [sem grifo no original]

Percebe-se, sem qualquer esforço, que o Edital veda que o candidato ao cargo sofra de doença incurável, entretanto, nada diz a respeito do candidato que, embora contagiado por vírus que pode levar ao desenvolvimento de doença incurável, não esteja acometido da doença.

Assim sendo, constata-se que a exclusão do impetrante do concurso sem que o mesmo esteja acometido de doença incurável mostra-se ilegal, muito embora o mesmo possa até a vir desenvolver, no futuro, a doença da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS), doença incurável.

O ato atacado, portanto, deve ser anulado, porquanto praticado com desvio de poder, eis que foi além do que o próprio Edital permite.

Ademais, a Portaria Interministerial nº 869, de 11 de agosto de 1992, oriunda dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Administração, realmente proíbe que a Administração Pública Federal exija o exame de detecção do vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida em exames de saúde pré-admissionais e periódicos. Ora, sendo a Polícia Civil do Distrito Federal organizada e mantida pela União (Constituição, artigo 21, inciso XIV,), dúvida alguma pode haver de que a referida Portaria tem aplicação no âmbito da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. Saliente-se, por oportuno, que o Distrito Federal tem assegurado apenas a utilização das polícias civis e militares e do corpo de bombeiros militar (Constituição, artigo 32, § 1º)."

Da jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo colhe-se a seguinte ementa, aplicável, *modus in rebus*, à espécie em julgamento:

"MANDADO DE SEGURANÇA – OBJETIVO – REINCORPORAÇÃO DE POLICIAL MILITAR À ACADEMIA DE POLÍCIA – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DE NÍTIDO CARÁTER DISCRIMINATÓRIO – IMPETRANTE PORTADOR DO VÍRUS HIV – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – APTIDÃO FÍSICA DEMONSTRADA – ATESTADO QUE REVELA CONDIÇÕES PLENAS DE SAÚDE – DOENÇA NÃO MANIFESTA – EXIGÊNCIA DE TESTE SOROLÓGICO, ADEMAIS, DESCABIDA EM EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS – SENTENÇA CONCEDIDA – VOTO VENCIDO.

A exigência do teste sorológico nos exame pré-admissionais é descabida e discriminatória, caracterizando interferência indevida na intimidade dos trabalhadores. Além disso, o soropositivo para o HIV não é doente, diferente do portador de AIDS, que manifesta a doença." [APC 216.708-1, São Paulo, Relator Des. Mattos Faria, CCIV 3 – M.V. – 8.11.94]

Em conclusão, o ato administrativo consubstanciado na eliminação do Impetrante do concurso público apartou-se da legalidade, merecendo subsistir a r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com essas considerações, conheço do recurso de apelação e a ele nego provimento, também em razão do reexame necessário.

É o meu voto.

ANEXO Nn - Apelação Cível n. 2001 01 1 024686-8

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 2001 01 1 024686-8

EMENTA:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE PENITENCIÁRIO – EXAME MÉDICO – CANDIDATO PORTADOR DO VÍRUS HIV – ELIMINAÇÃO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA – DESPROVIMENTO À UNANIMIDADE.

I – A Lei Distrital nº 1.898/98 veda a exigência do exame para detecção do vírus HIV aos candidatos a emprego (art. 7º). Tal procedimento discriminatório, ademais, encontra óbice na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe a exigência do teste de HIV nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

II – O ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal é regulado pela Lei Federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, cujo art. 5º estabelece: "Art. 5º o ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente".

III – Na hipótese em que se verifica que o ato administrativo consubstanciado na desclassificação de candidato portador do vírus HIV do concurso público se apartou da legalidade, a medida que se impõe-se é a concessão da segurança.

IV – Recurso conhecido e desprovido à unanimidade. Sentença mantida, também em razão do reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Wellington Medeiros - Relator, Jeronymo de Souza - Revisor, Vasquez Cruxên - Vogal, sob a presidência do Desembargador Vasquez Cruxên, em Conhecer do recurso e a ele negar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 2 de setembro de 2002.

Desembargador WELLINGTON MEDEIROS

Relator

VOTO:

O SR. Desembargador WELLINGTON MEDEIROS:

Conheço do recurso, presentes os pressupostos que autorizam sua admissibilidade. Verificada, outrossim, a hipótese prevista no inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil, passo simultaneamente ao reexame necessário da r. sentença monocrática e à apreciação do apelo.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação de sentença concessiva de segurança impetrada por R. L. de M. F. contra ato do Diretor da Polícia Civil do Distrito Federal que o considerou inapto na fase de avaliação médica do processo seletivo para o cargo de Agente Penitenciário da Polícia Civil do Distrito Federal, por ser portador do vírus HIV, desde 1996.

Compulsando os autos, verifico que, realmente, o ato administrativo combatido apartou-se da legalidade.

Com efeito, a Lei Distrital nº 1.898/98, em seu art. 7º, veda a exigência do exame de HIV aos candidatos a emprego. Ademais, tal procedimento discriminatório encontra óbice, também, na Portaria Interministerial nº 869/92, que proíbe tal exigência nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

Assim, tenho que a r. sentença merece subsistir, como reconheceu a douta Procuradoria de Justiça, ao endossar o parecer exarado pela ilustre Promotoria de Justiça, cujos fundamentos peço vênia para colacionar, in verbis:

"A Constituição, em seu art. 37, inciso II, estabelece o seguinte: 'Art. 37. II. 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. [sem grifo no original]'. Verifica-se, pois, que a Carta Magna deixou para a lei a tarefa de fixar as condições a serem cumpridas para o ingresso no serviço público, seja da União ou das unidades da Federação. No Distrito Federal, como é cediço, em face do comando da Lei local nº 197/91, adotou-se o texto original da Lei federal nº 8.112/90 para viger até que fosse elaborada e editada uma lei local para regulamentar o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal. Entretanto, em relação aos policiais civis, em face do comando da Lei Orgânica do DF (artigo 117, parágrafo 1º) restou previamente estabelecido qual seria o critério de admissão nas carreiras dos órgãos ligados à Segurança Pública do DF, in verbis: 'Art. 117. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida nos termos da legislação pertinente para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio pelos seguintes órgãos, relativamente autônomos, subordinados diretamente ao Governador do Distrito Federal:
I – Polícia Civil;
II – Polícia Militar;
III – Corpo de Bombeiros Militar;
IV – Departamento de Trânsito.
§1º. O ingresso nas carreiras dos órgãos de que trata este artigo dar-se-á por concurso de provas ou de provas e títulos, provas psicológicas e curso de formação profissional específico para cada carreira.
§ 2º. Durante o curso de formação profissional de que trata o parágrafo anterior, o pretendente à carreira terá acompanhamento psicológico, o qual se estenderá pelo período do estágio probatório'. [sem grifo no original]
Ademais, sobre o ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal, veio a lume a Lei federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, que dispôs da seguinte forma:

'Art. 5º. O ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente'. [sem grifo no original]
Sem embargo da discussão que se poderia instalar sobre a constitucionalidade da disposição da Lei Orgânica neste particular, verifica-se, então, que é o regime jurídico peculiar aos policiais civis do Distrito Federal (Lei federal n. 4.878, de 3 de dezembro de 1965) que regulamenta o ingresso na carreira policial civil.

A Lei federal nº 4.878/65 estatui em seu artigo 9º, inciso VI, que é requisito para a matrícula na Academia Nacional de Polícia, ou, em linguagem atual, para a matrícula no curso de formação profissional específico de cada carreira, gozar de boa saúde, física e psíquica, comprovada em inspeção médica.

No presente caso, o impetrante entende que a exigência de exame de sorologia positiva para o vírus da imunodeficiência adquirida não acarretaria prejuízo para a capacidade laboral do seu portador.

Depois de detida análise do caso, o Ministério Público entende que o impetrante tem razão, senão vejamos:

O Edital do certame dispõe no item 5.20 sobre o exame biométrico e a avaliação médica (fl. 101). Diz o item 5.20.3 do Edital: 'O Exame biométrico e a avaliação médica destinar-se-ão à constatação, mediante exame físico e análise dos testes e dos exames laboratoriais solicitados, de doenças, de sinais e/ou de sintomas que inabilitem o candidato, segundo os critérios a seguir:

a) GERAIS: defeitos físicos, congênitos e/ou adquiridos, com debilidade e/ou perda de sentido ou de função; cirurgias mutiladoras; neoplasias malignas; doenças crônicas e/ou agudas incapacitantes;

b) ESPECÍFICOS: sopros, arritmias cardíacas; hipotensão ou hipertensão arterial que esteja acompanhada de sintomas possua caráter permanente e/ou dependa de medicação para o seu controle; vasculopatias evidentes ou limitantes; hérnias; marcha irregular e/ou uso de aparelhos ortopédicos; grandes desvios da coluna vertebral; artropatia crônica; redução dos movimentos articulares; doenças ósseas; distúrbios importantes da mímica e da fala; arritmia cerebral; distúrbios da sensibilidade táctil, térmica e/ou dolorosa; incoordenação motora, bem como doenças incuráveis. [sem grifo no original]

Percebe-se, sem qualquer esforço, que o Edital veda que o candidato ao cargo sofra de doença incurável, entretanto, nada diz a respeito do candidato que, embora contagiado por vírus que pode levar ao desenvolvimento de doença incurável, não esteja acometido da doença.

Assim sendo, constata-se que a exclusão do impetrante do concurso sem que o mesmo esteja acometido de doença incurável mostra-se ilegal, muito embora o mesmo possa até a vir desenvolver, no futuro, a doença da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS), doença incurável.

O ato atacado, portanto, deve ser anulado, porquanto praticado com desvio de poder, eis que foi além do que o próprio Edital permite.

Ademais, a Portaria Interministerial nº 869, de 11 de agosto de 1992, oriunda dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Administração, realmente proíbe que a Administração Pública Federal exija o exame de detecção do vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida em exames de saúde pré-admissionais e periódicos.

Ora, sendo a Polícia Civil do Distrito Federal organizada e mantida pela União (Constituição, artigo 21, inciso XIV,), dúvida alguma pode haver de que a referida Portaria tem aplicação no âmbito da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. Saliente-se, por oportuno, que o Distrito Federal tem assegurado apenas a utilização das polícias civis e militares e do corpo de bombeiros militar (Constituição, artigo 32, § 1º)."

Da jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo colhe-se a seguinte ementa, aplicável, modus in rebus, à espécie em julgamento:

"MANDADO DE SEGURANÇA – OBJETIVO – REINCORPORAÇÃO DE POLICIAL MILITAR À ACADEMIA DE POLÍCIA – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DE NÍTIDO CARÁTER DISCRIMINATÓRIO – IMPETRANTE PORTADOR DO VÍRUS HIV – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – APTIDÃO FÍSICA DEMONSTRADA – ATESTADO QUE REVELA CONDIÇÕES PLENAS DE SAÚDE – DOENÇA NÃO MANIFESTA – EXIGÊNCIA DE TESTE SOROLÓGICO, ADEMAIS, DESCABIDA EM EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS – SENTENÇA CONCEDIDA – VOTO VENCIDO.

A exigência do teste sorológico nos exame pré-admissionais é descabida e discriminatória, caracterizando interferência indevida na intimidade dos trabalhadores. Além

disso, o soropositivo para o HIV não é doente, diferente do portador de AIDS, que manifesta a doença.” [APC 216.708-1, São Paulo, Relator Des. Mattos Faria, CCIV 3 – M.V. – 8.11.94]

Em conclusão, o ato administrativo consubstanciado na eliminação do Impetrante do concurso público apartou-se da legalidade, merecendo subsistir a r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com essas considerações, conheço do recurso de apelação e a ele nego provimento, também em razão do reexame necessário.

É o meu voto.

ANEXO Oo - Apelação com Revisão n. 4193415400

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação com Revisão nº 4193415400

EMENTA:

CONCURSO PÚBLICO. Candidato aprovado e impedido de tomar posse, considerado inapto pelo exame médico admissional, por ser portador de HIV, incompatível com o cargo de Agente de Biblioteca. INADMISSIBILIDADE. Prova documental e argumentos da autoridade impetrada que demonstram a discriminação praticada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 419.341-5/4-00, da Comarca de
SÃO BERNARDO DO CAMPO, em que é apelante JOSUÉ DA SILVA JÚNIOR (AJ) sendo apelado PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO:

ACORDAM, em Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEME DE CAMPOS (Presidente, sem voto), JOSÉ HABICE e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 10 de dezembro de 2007.
DESEMBARGADOR. OLIVEIRA SANTOS
Relator

VOTO
O SR DESEMBARGADOR OLIVEIRA SANTOS:

Após prestar concurso público para provimento de cargos de Agente de Biblioteca e Arquivo I, e alcançar o 7o lugar na classificação, o impetrante foi considerado inapto para o exercício do cargo, em face do resultado do exame médico que impediu sua posse A liminar havia sido concedida mas, condicionada a se proceder à emenda da inicial, a fim de se incluir no pólo passivo os demais aprovados no concurso, como litisconsortes necessários.

A resp sentença entendeu desnecessário o litisconsórcio, mas considerou que não havia comprovação de que o impetrante foi aprovado no concurso, afirmando que o exame médico é do candidato e não do aprovado (fls 78) Contudo, equivocados os dois argumentos, "data vênia"

A própria autoridade impetrada, em suas informações, afirma que o autor "encontrava-se com uma doença denominada Sarcoma de Kaposi, que consiste em um grave tumor cutâneo", sendo que "estava submetido a tratamento com anti-retrovirais e quimioterapia", razão pela qual sustenta "que tal doença é totalmente inconciliável com ambiente de biblioteca, já que o acúmulo de livros produz um pó altamente nocivo para qualquer pessoa, que dirá para um indivíduo com o estado de saúde tão delicado, restando clara a incompatibilidade da doença apresentada pelo impetrante com o exercício do cargo" (fls 48) Ou seja, o próprio impetrado admitiu que o apelante foi classificado no concurso público, deixando de ser nomeado tão somente em razão da conclusão da junta médica.

Os documentos trazidos com a inicial demonstram que não havia necessidade do litisconsórcio, porque o direito dos demais aprovados não seria atingido pelo direito do impetrante.

Desnecessária, também, a comprovação de que havia sido aprovado no concurso.

O documento de fls 25, emanado da Prefeitura de São Bernardo do Campo, designando data para o exame médico, para publicação da nomeação, assinatura do termo de posse e início do exercício das atividades, só pode ser dirigido ao candidato aprovado no concurso público, inconcebível que convocasse até os que não foram aprovados Prova pré-constituída, portanto, bastante para embasar a impetração, além de constituir matéria incontroversa, já que admitida pelo impetrado.

E o teor das informações somado à conclusão da junta médica são suficientes para demonstrar o direito do impetrante.

É certo que o laudo médico tem caráter eliminatório, pois constou do edital cláusula nesse sentido (fls 47), mas desprovido de fundamento o argumento de que o resultado da inspeção médica é "soberano" e incontestável.

Isto porque, o laudo médico apenas aponta a inaptidão do apelante, sem fundamentar no que consiste a incompatibilidade da patologia apresentada com o desempenho das funções de agente de biblioteca.

A assertiva de que o sarcoma de Kaposi é inconciliável com o ambiente de poeira da biblioteca só foi trazido à baila com as informações da autoridade coatora, pois o parecer técnico da Secretaria da Saúde de São Bernardo do Campo é totalmente omisso a esse respeito.

Observa-se que a cláusula constante do edital, de que o laudo conclusivo de aptidão é soberano e dele não caberá qualquer recurso, afronta o disposto no art 5o, XXXV, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da inafastabihdade da jurisdição. Aliás, o dispositivo, segundo o impetrado, impediria inclusive eventual recurso no âmbito administrativo, o que também é inadmissível.

É bem de ver que, a Constituição Federal, no art 3°, inciso IV, estabelece que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de ongem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discnminação".

Conclui-se, pois, em vista dos documentos trazidos com a inicial e dos argumentos do impetrado, que o ato impugnado foi praticado com discriminação, já que não especificado no edital que referida doença seria restritiva para a ocupação do cargo para o qual foi aprovado em regular concurso, ferindo direito liqüido e certo do impetrante, que impõe a concessão da ordem pleiteada.

Ante o exposto, dão provimento ao recurso, adotados, ainda,

como razões de decidir, os argumentos sustentados pelos dignos representantes do Ministério Público de ambas as instâncias.

OLIVEIRA SANTOS

ANEXO Pp - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.885/MS

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.885 - MS (2000/0038080-6)

EMENTA:

CONCURSO PÚBLICO - CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL - LIMITE MÍNIMO DE PESO EXIGIDO EM EXAME DE SAÚDE E ANTROPOMÉTRICO PELO EDITAL - POSSIBILIDADE - EXIGÊNCIA QUE SE ENTENDE RAZOÁVEL EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - RECURSO IMPROVIDO

1. A discriminação feita em edital de concurso público não se considera ilegal se o fator de discrimen guardar relação de pertinência lógica com a situação fática do caso concreto.

2. Pode, assim, ser previsto, em edital de concurso público, limite mínimo de peso aos concorrentes, para o ingresso no cargo de soldado da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, em razão das atribuições a serem exercidas pelo candidato aprovado.

Precedentes desta Corte.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. .

Brasília (DF), 18 de agosto de 2005(Data do Julgamento).

MINISTRO PAULO MEDINA
Relator

VOTO:

O SR. MINISTRO PAULO MEDINA:

A despeito de se encontrar, ainda, certa divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do concurso público, a maior e expressiva parte da doutrina, assim como a jurisprudência desta Corte, o reconhece como espécie de licitação.

Nesse caminho, a instauração do procedimento licitatório do concurso público dá-se por meio do edital, que, segundo as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, in "Curso de Direito Administrativo". 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 536, corresponde ao:

"ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado"

Salienta o autor que o ato convocatório do certame "estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas" e "regula os atos e termos processuais do procedimento", entre outros.

Assim, pelo chamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impende ressaltar que a Administração Pública fica, estritamente, vinculada às normas e condições previamente definidas no edital, não podendo, no curso do procedimento licitatório, criar novas regras ou das que antecipadamente previu se afastar.

FABRÍCIO MOTTA, in Princípios Constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. Revista Interesse Público. Ano 5. N 27. Set/Out 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. p. 31/54, observa que:

"o instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos."

Pontifica o Professor de Direito Administrativo goiano que, dentre os princípios informadores do instituto do concurso público, destacam-se o princípio democrático, o princípio da eficiência e o princípio da isonomia.

Nesse sentido, como conciliar esses princípios (democracia, eficiência e isonomia), em face de algumas discriminações previstas e admitidas por lei, pela doutrina e pela jurisprudência, em edital de concurso público?

Penso que o concurso público deve possibilitar a participação de todos aqueles que se enquadram nas disposições e condições estabelecidas no ato convocatório,de forma que se atenda, assim, ao princípio da democracia.

Impende que ele seja conduzido de modo totalmente objetivo, sem o favorecimento de determinados candidatos, nem a perseguição de outros, conforme reza o princípio da isonomia.

Ao mesmo tempo, em atenção ao princípio da eficiência, o concurso público urge visar a seleção dos candidatos que revelem possuir os maiores méritos (capacidade intelectual, habilidades e aptidões físicas e mentais), para o exercício das funções estatais, estas concebidas, por certo, de forma individualizada e específica.

Cumpre, ainda, ressaltar, que a igualdade que se exige, em concurso público, não deve ser analisada do ponto de vista formal, como a prevista no "caput", do art. 5º, CR/88, ou seja, "a igualdade de todos perante a lei".

Pois, quando a lei trata a todos de forma isonômica, é porque, sob a ótica pragmática, os indivíduos, efetivamente, se distinguem, em razão da cultura, da raça, do sexo, da capacidade econômica, da política, da religião, da capacidade e da habilidade mental e física e etc.

Por essa razão, torna-se, muitas vezes, necessário reconhecer essas diferenças e conferir, até certo ponto, um tratamento diferenciado aos indivíduos, a fim de se buscar a chamada igualdade material ou substancial, a única capaz de realizar a verdadeira justiça.

Por outro lado, se é a lei quem iguala os indivíduos, somente ela é capaz de diferenciá-los, segundo os objetivos que persegue.

Assim é que se pode reconhecer como discriminação legal em concurso público a chamada reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais, prevista no art. 37, inciso VIII, CR/88; no art. 2º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 7.853/89; no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, e no art. 37 do Decreto nº 3.298/99, para os afrodescendentes, decorrente do Decreto nº 4.228/2002, e os autóctones, após a edição da Medida Provisória nº 63/2002, convertida na Lei nº 10.558/2002, que, a seu turno, foi regulamentada pelo Decreto nº 4.876/2002.

Todas essas discriminações justificam-se como programas de governo denominados ações afirmativas.

Outras discriminações, embora não previstas em lei, podem ser admitidas, em concursos públicos, quando expressas em edital (e o edital é, por isso, denominado de a lei das licitações) e, máxime, quando obedeçam aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre o fator de discrimen e a a peculiaridade das atribuições do cargo a ser exercido pelo candidato.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in "O conteúdo jurídico do princípio da isonomia". 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 47, registra alguns paradigmas para a avaliação da legalidade da discriminação, ou seja, para a promoção de igualdade material ou substantiva:

"I – a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;

II – a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" – que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e

V – a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita."

Logo, é, prima facie, necessário descobrir se a lei admite determinada discriminação.

Em segundo lugar, é mister identificar o fator de discrimen, que, no caso, corresponde a exigência de peso mínimo de 60 (sessenta) quilos do candidato.

E, por fim, se o discrimen guarda relação de pertinência lógica com a situação na qual se insere a norma, no caso concreto, isto é: Para o provimento no cargo de soldado da Polícia Militar, é necessário que o indivíduo possua, no mínimo, 60 (sessenta) quilos? O peso mínimo imposto pelo edital é razoável em face do esperado desempenho das atribuições do cargo, mormente no que concerne às habilidades e às capacidades físicas, e para o exercício eficiente do serviço de segurança pública?

Penso que, considerando, no presente caso, o fator de discrimen, qual seja, exigência de peso mínimo de 60 (sessenta) quilos, dos candidatos, e a sua pertinência lógica com as atribuições do cargo de soldado, a ser por eles exercido, mormente, tendo-se em vista a plenitude das funções desempenhadas pela Polícia Militar, é perfeitamente razoável a discriminação realizada pelo edital do concurso em tela.

No mesmo sentido, tem sido a orientação pretoriana, no que tange ao limite de idade, por exemplo, ex vi da Súmula nº 683 do STF, publicada no Diário da União, em 09.10.2003:

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

Ante a legalidade do edital, não há, portanto, que se falar em direito líquido e certo do Recorrente, que, ao se inscrever no concurso aludido, anuiu a todos os requisitos e as exigências expressamente previstas.

Por derradeiro, cumpre asseverar que o edital vincula não só a Administração, como também os candidatos que aderem à faculdade de participar de determinado concurso

público, e, em última análise, a sua observância obriga a ambos, por razão precípua de legalidade, isonomia e segurança jurídica.

Posto isso, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

PAULO MEDINA

ANEXO Qq - Recurso Especial n. 214.456

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n° 214.456 - UFANA (99/0042341-O)

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO A ATOS NORMATIVOS [NTERNOS. NÀO ADMISSIBiLIDADE. CONCURSO. CURSO PREPARATÓRIQ DE CADETES DO AR. RFPROVAÇÃO NO EXAME MÉDICO. CRITFRIOS DISCRIMINA lORIOS. ILEGALIDADE.

1 O conceito de lei federal, a ensejar o Recurso Especial. no abrange os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas.

2. Não basta para caracterizar violação á lei federal, a simples transcrição do dispositivo legal; necessário que o recorrente dê as razões de seu inconformismo, Incidência da Súmula 284— STF.

3. A exigência de critérios discriminatórios em edital de concurso deve ser feita precipuamcntc sob o prisma da lógica. bastando verificar se a diferenciação possui uma justificativa racional e necessária, ou se resulta de mcra discriminação fortuita.

4 A reprovação do candidato sob o diagnóstico de deficiência dentária e obesidade faz-se desprovida de qualquer justificativa razoã'el, que o impeça de exercer as atividades militares a que se habilita.

5 Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos. acordam os Ministros da Quinta lurma do Superior Tribunal de Justiça. na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do Recurso. Votaram com o Relator. os Srs, Ministros Felix Fischer. Gilson Dipp. Jorge Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília, DF. 19 de agosto de 1999, (data do julgamento)

MINISIRO EDSON VIDIGAI
Relator

VOTO:

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL:

Sr. Presidente, o recurso não reúne as minirnas condições de admissibilidade, porquanto tenho minha convicção formada com relação à matéria trazida nesse Recurso. Nosso Direito Constitucional, quando trata do provimento dos cargos públicos, distinue duas situações: os cargos publico providos mediante eleição pelo voto direto popular, no qual estão explícitas as condições dc elegibilidade e inelegibilidade, que é o impedimento absoluto: no que diz respeito aos cargos públicos que são providos mediante a nomeação pelo agente do poder público, pela autoridade competente, o sistema constitucional também distingue as condições de investidura e as vedações ao exercício destes.

Quando o concurso impõe algumas condições. está tratando de condições prévias para aferir se atendidas as condições da investidura aos cargos públicos. É evidente que não se admitirá] ao exercicio de cargo público, analfabeto, incapaz civilrnente quando a lei não o

autorizar expressamente -, cidadãos estrangeiros em determinadas situações, enfim. Temos sempre que nos voltar para o princípio da Constituição, porquanto, o edital e o próprio ato do concurso, em si, são apenas urna aferição do mercado de trabalho, do que há disponível naquela comunidade para que o Estado, aferindo isso, possa recrutar. Tanto que não há obrigatoriedade do provimento imediato após a proclamação do resultado do concurso

Ninguém, portanto, é obrigado a aceitar imposição de lei injusta ou sem fundo legal. muito menos em desarmonia com o principio da Constituição- A reprovação do ora recorrido no exame médico deu-se em decorrência de se haver constatado deficiência dentâria, que todos sabemos, pode ser corrigida em exíguo período, diante das novas tecnologias odontológicas, bem como niock,-uclo exca%so de peso em decorrência de sec/entarifno", que a própria vida militar se encarrega de corrigir.

Como bem esposou o voto do Des. Geraldo Apoliano (fi. 105), "reprovar o candidato, não permitindo que o mesmo prossiga no torneio seletivo por fatores de importancia induvidosamente questionável, configura ato discriminatorio, violados os principios da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos, empregos, funções e empregos públicos constitucionalmente asegurados pela Lex Maste. Ademais, não trouxe o recorrente qualquer razão Juridica plausível para a reforma do julgado. Ao contrário, transcreveu alguns dispositivos constantes das Portarias que regulamentaram o referido concurso, e que segundo ele, autorizam a reprovação do ora recorrido no exame médico, para ao final, dizer violado o Decreto-lei 2.320,87 A jurisprudência desta Cone é unãnime em afirmar que o conceito de lei federal, a ensejar o Recurso Especia, não abrange atos normativos internos — como as Portarias (Resp 96.362 SP. por mim relatado. DJ 51/05:99: Resp 78.348/PR, rei, Mia César Rocha. DJ 06/10/97), bem como ser imprescindivel para o seu conhecimento, que o recorrente dê as razões pelas quais entende vio'ado o dispositivo de lei feder& supostamente violado, não bastando, para tanto, a simples indicação.

Assim, não conheço do Recurso.

É o voto.

MINISTRO EDSON VIDIGAL

ANEXO Rr - Apelação Cível n. 1.0000.00.341272-3/000

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível nº 1.0000.00.341272-3/000

EMENTA:

POLÍCIA MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO. REPROVAÇÃO. TATUAGEM. FALTA DE JUSTIFICAÇÃO PLAUSÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. Não podendo o recorrido continuar no concurso diante de sua reprovação em exame médico, no qual foi considerado inapto por critério totalmente conservador, arbitrário e discriminatório, pode tal ato ser revisto pelo Poder Judiciário a pedido do interessado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a QUINTA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2003.
DESEMBARGADORA MARIA ELZA
Relatora

VOTO
A SRª. DESEMBARGADORA. MARIA ELZA:

Trata-se de ação anulatória antecedida de ação cautelar inominada ajuizadas por MICHELÂNGELO FONSECA MONDUCCI em face do ESTADO DE MINAS GERAIS. A juíza de primeira instância deferiu a liminar às f. 47/48-TJ (ação cautelar). A sentença de f. 131/140-TJ (ação principal) julgou procedente o pedido do autor, determinando que o mesmo continuasse participando do Curso de Formação de Soldados e, ao final, caso aprovado, pudesse formar e ser promovido em igualdade de condições com os demais colegas. Determinou a procedência do pedido feito nos autos da ação cautelar inominada, tornando definitiva a liminar. Ordenou a remessa dos autos a este Tribunal, de acordo com o art. 475, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o Estado de Minas Gerais apela para este Tribunal às f. 144/152-TJ (ação principal) e f. 142/148-TJ (ação cautelar). Alega que o apelado, ao se inscrever no concurso, aceitou todos os termos estabelecidos no edital, pretendendo, após 5 (cinco) anos da publicação do edital, ver anulado um ato administrativo. Alega que a aprovação no exame biométrico constitui pressuposto legal para que o apelado possa adentrar no referido curso estando tal dispositivo compatível com o art. 37, inciso I, da Constituição do Brasil. Sustenta que o apelado não comprovou os fatos constitutivos de seu direito. Aduz que a sentença proferida pelo juízo a quo contrariou os princípios da legalidade, isonomia e separação de poderes. Alega, na apelação da ação cautelar, a inexistência de pressuposto processual pela utilização de forma inadequada, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito diante do disposto do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil. Alega que a medida liminar deferida pelo juiz de primeira instância infringe o art. 1º, § 3º, da Lei n.º 8.437/92, pois esgota integralmente o objeto da demanda vez que permite ao apelado a participação nas demais etapas do concurso, resolvendo a lide constante no processo principal e afrontando o princípio da igualdade em relação aos demais concorrentes.

O apelado apresentou suas contra-razões ao recurso interposto na ação principal às f. 154/164-TJ. Alega que já havia sido aprovado no referido exame, mesmo possuindo 2 (duas) tatuagens, quando o fez no ano de 1997, não tendo continuado no certame por força da Lei Complementar n.º 50/98. Diante da Lei Complementar n.º 62/2001, o apelante pôde efetuar sua matrícula no Curso de Formação de Soldados/2002. Aduz que a Lei Complementar n.º 62/2001 não estabeleceu que os candidatos impedidos de continuar no processo seletivo por força da Lei Complementar n.º 50/98 deveriam se submeter a novos exames médicos, os quais já haviam recebido aprovação anteriormente, não havendo, portanto, respaldo legal para a aplicação de novos exames, havendo, assim, afronta ao art. 37, inciso I, da Constituição do Brasil. Alega que além de o apelado ter sido submetido a novo exame, ainda que inexistindo previsão legal para a aplicação deste, foi reprovado mesmo não sendo doente, pois possuir TATUAGEM não pode ser considerado doença. Aduz que a Lei n.º 5.301/69 dispõe sobre sanidade física e mental, e não estética. Entretanto, o recorrido foi reprovado por possuir 2 (duas) tatuagens no corpo. Alega que o fato de buscar seus direitos junto ao Poder Judiciário não ofende ao princípio da isonomia vez que é dever do mesmo restabelecer o direito quando haja violação ou ilegalidade ao referido princípio.

O apelado apresentou suas contra-razões ao recurso interposto nos autos da ação cautelar às f. 150/161-TJ. Alega que o ajuizamento desta ação não esgotou o objeto da demanda vez que o recorrido não pretendia a antecipação dos efeitos da tutela. O ora apelado pleiteava a de garantia de sua permanência no aludido curso até que se desse o julgamento da ação principal. Aduz que o recorrente não pôde demonstrar a irregularidade ocorrida no exame médico diante da irrecorribilidade do resultado.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade, CONHECE-SE do reexame necessário e do recurso voluntário.

QUESTÃO DE ORDEM

Primeiramente, ressalte-se que o Ministério público não foi intimado para se manifestar, pois, no caso concreto, não há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, sendo inaplicável o art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Atualmente, não mais se confunde o interesse público com o interesse patrimonial do Estado. Foi com este fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou sua Súmula, acrescentando o enunciado n.º 189, dispondo que é desnecessária a intervenção do Ministério público nas execuções fiscais. Nas ações de cobrança ajuizada por servidor público contra município, ocorre o mesmo: o interesse existente é meramente patrimonial, e não público. Situação semelhante é a que ocorre nos autos, uma vez tratar-se de ação anulatória, cujo interesse é apenas de natureza patrimonial do Estado.

Este entendimento acompanha a moderna tendência de restringir a participação do Ministério público no processo civil como fiscal da lei, liberando-o para atuar com maior eficiência na sua alta missão constitucional, no processo penal e no processo civil como autor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se firmou neste sentido, como se vê no Recurso Especial 263.447/PE (DJU 16-04-2001, p. 119), da Sexta Turma, relator o Ministro Fernando Gonçalves, assim ementado, no que interessa:

"PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. DESNECESSIDADE. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL.

1 - A simples participação na causa de entidade de direito público interno não determina a intervenção do Ministério público, pois, do contrário, estar-se-ia confundindo Fazenda Pública com interesse público (ut RTJ 133/345 e STF - RP 25/324), aliás, inexistente, na espécie, onde versa a causa ação de cobrança de funcionário público (diferenças salariais) contra municipalidade. Precedentes desta Corte."

No mesmo sentido, dentre tantos outros julgados, é o Recurso Especial 265.018/PE (DJU 27-11-2000, p. 182), da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Felix Fischer.

Assim, resolvo a questão de ordem no sentido de considerar desnecessária a intimação do Ministério PÚBLICO.

MÉRITO

O apelado se inscreveu em concurso público para uma das vagas existentes na 6ª Cia. Independente, obtendo aprovação em quase todas as modalidades previstas no Edital, exceto pela sua reprovação em exame médico. Afirmou que foi reprovado pelo fato de possui 2 (duas) tatuagens em seu corpo, requisito que não constava no concurso realizado no ano de 1997. Ressalta-se que o candidato, ao se inscrever no concurso, teve acesso ao referido edital contendo neste, em seu item 5, todos os requisitos necessários aos quais o candidato deveria se submeter para obter sua aprovação no aludido exame médico.

A Constituição do Brasil, em seu art. 37, incisos I e II dispõe que:

Art. 37. A administração publica 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 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;

O art. 5º, inciso III, alínea "a", item 5 da Lei n.º 5.301/69 - Estatuto do Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - dispõe que:

Art. 5º - O ingresso na Polícia Militar será feito:

(...)

III - no quadro de Praças:

a) de acordo com normas regulamentares próprias, satisfeitas, entre outras, as seguintes exigências:

(...)

5 - ter sanidade física e mental

O Edital do referido concurso dispõe em seu item 2.1.8 e 3.3.2.1.1 a condição supra mencionada e a realização de exame médico, tendo este caráter eliminatório. Diante disso, o requisito questionado no aludido edital está previsto em lei, estando de acordo com o inciso I, do referido artigo da Constituição do Brasil. Entretanto, o dispositivo legal supra citado foi modificado pela Lei Complementar n.º 50/98, tendo sido instituído como exigência para que o candidato adentrasse nos quadros da PMMG que o mesmo tivesse concluído o 2º grau, motivo pelo qual o recorrido não pôde continuar nas demais etapas do concurso. Além disso, anexou parágrafo único que dispõe que:

Art. 2º - O número 6 da alínea "a" do inciso III do artigo 5º da Lei nº 5.301, de 16 de outubro de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação, ficando ainda o artigo acrescido do parágrafo único que segue:

"Art. 5º - .....

III - .....

a) .....

6) possuir 2º grau completo e ser aprovado em exame de escolaridade.

.....

Parágrafo único - O preenchimento dos requisitos previstos nos números 5 e 6 da alínea "a" do inciso III será comprovado por meio de exames médico- laboratoriais,

psicológicos e de capacitação intelectual e física, perante a Junta Militar de Saúde e a Comissão de Avaliadores, integrada por oficiais psicólogos.".

Estava previsto no edital, em seu item 5.2, que o aludido exame médico seria realizado nos termos da Resolução n.º 3034/94 sendo que nesta resolução estava previsto em seu anexo "D" -doenças incapacitantes para ingresso na PMMG -, grupo XI, item 14 o seguinte:

GRUPO XI: DOENÇAS DA PELE E SUBCUTÂNEAS

(...)

14. TATUAGEM que comprometa a estética ou a aparência (em locais visíveis, estando o candidato usando uniforme de Educação Física: calção e camiseta); ou a TATUAGEM com área total maior que nove centímetros quadrados.

O simples fato de o candidato possuir tatuagens em seu corpo não é justificativa plausível para sua reprovação no exame médico. Porém, tal requisito se tornou arbitrário a partir do momento em que classifica a tatuagem como doença, sem auferir a esse requisito, quesitos técnicos para que se pudesse fundamentar o porquê desta classificação. A presença de tatuagens no corpo do apelado não o impede de exercer as funções atinentes ao cargo pleiteado, sendo tal requisito totalmente arbitrário, discriminatório e, aparentemente, moralista. Só se saberá se a pessoa tem ou não habilidade para exercer a função pleiteada através do exame físico, que demonstrará sua capacidade e habilidade para exercer o cargo com o devido rigor. Portanto, não deve prevalecer a reprovação em exame médico pelo fato de o apelado possuir tatuagem em seu corpo, sendo que esta, por si só, não qualifica ou desqualifica o candidato para exercer a função pleiteada. Em relação a esta matéria, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO A ATOS NORMATIVOS INTERNOS. NÃO ADMISSIBILIDADE. CONCURSO. CURSO PREPARATÓRIO DE CADETES DO AR. REPROVAÇÃO NO EXAME MÉDICO. CRITÉRIOS DISCRIMINATÓRIOS. ILEGALIDADE.

1. O conceito de lei federal, a ensejar o Recurso Especial, não abrange os atos normativos internos, como as resoluções, circulares, portarias e instruções normativas.

Não basta para caracterizar violação à lei federal, a simples transcrição do dispositivo legal; necessário que o recorrente dê as razões de seu inconformismo. Incidência da Súmula 284 - STF.

3. A exigência de critérios discriminatórios em edital de concurso deve ser feita precipuamente sob o prisma da lógica, bastando verificar se a diferenciação possui uma justificativa racional e necessária, ou se resulta de mera discriminação fortuita.

4. A reprovação do candidato sob o diagnóstico de deficiência dentária e obesidade faz-se desprovida de qualquer justificativa razoável, que o impeça de exercer as atividades militares a que se habilita.

5. Recurso não conhecido." (RESP 214456; Rel. Min. Edson Vidigal; Pub. Em 20/9/99).

A alegação de que não cabe ao Poder Judiciário a análise dos critérios adotados pela Administração Pública para a seleção de seu pessoal não pode ser levado em consideração. Não podendo o recorrido continuar no concurso diante de sua reprovação em exame médico, no qual foi considerado inapto por critério totalmente conservador, arbitrário e discriminatório, pode tal ato ser revisto pelo Poder Judiciário a pedido do interessado, não havendo ferimento ao princípio da separação dos poderes. Em relação a esta matéria, este é o entendimento dos doutrinadores:

"De qualquer forma, caberá sempre reapreciação judicial do resultado dos concursos, limitada ao aspecto da legalidade da constituição das bancas ou omissões examinadoras, dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos. Isso

porque nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)." (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 404).

Em relação à apelação presente nos autos da ação cautelar, tendo sido, em reexame necessário, mantido o entendimento contido na sentença proferida pela juízo a quo, isto é, julgado procedente o pedido inicial, resta prejudicado o julgamento do aludido recurso.

Diante do exposto, e com respaldo no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do código de Processo Civil), no princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição do Brasil), em reexame necessário, mantém-se o mesmo entendimento jurídico constante da sentença de f. 131/140-TJ.

MARIA ELZA

ANEXO Ss - Apelação Cível n. 1.0024.06.215445-5/001

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível nº 1.0024.06.215445-5/001

EMENTA:

Administrativo. Mandado de Segurança. concurso público para provimento do cargo de 2.º Tenente do Quadro de Oficiais de Saúde (QOS) da Polícia Militar de Minas Gerais. Candidata eliminada nos exames preliminares de saúde por ostentar sinais (tatuagem) na pele. Violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Segurança concedida. A eliminação de candidata do concurso público promovido pela Polícia Militar de Minas Gerais em razão de tatuagem visível apenas sob vestes civis, malfere o princípio da razoabilidade, além de não guardar proporcionalidade com o interesse público motivador do ato administrativo inquinado via mandamental.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 31 de julho de 2008.
DESEMBARGADOR. MAURO SOARES DE FREITAS
Relator

VOTO
O SR. DESEMBARGADOR. MAURO SOARES DE FREITAS:

Trata-se, originariamente, de mandado de segurança repressivo impetrado por Roberta Lima do Nascimento, em cujas razões de fato e fundamentos jurídicos do pedido disse-se vítima de ato ilegal praticado pelo Diretor de Recursos Humanos da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Coronel PM Dâmocles Freire Júnior, e do Chefe do Centro de Recrutamento e Seleção, Tenente-Coronel PM Sérgio Augusto Veloso Brasil, respectivamente, materializado no Despacho Administrativo de n.º 1023/06-DRH/CRS (f. 48), pelo qual foi indeferido o recurso administrativo interposto contra o relatório que concluiu pela inaptidão da impetrante nas demais fases do concurso público para provimento do cargo de 2.º Tenente do Quadro de Oficiais de Saúde (QOS) da Polícia Militar de Minas Gerais para o ano de 2006, mais precisamente por ostentar a candidata sinal (tatuagem) visível em parte do corpo.

Em decisão fundamentada às f. 68/73, o douto juízo de origem deferiu a liminar pleiteada na inicial, mais precisamente para assegurar a participação da impetrante nas demais fases do certame, ocasião em que foram requisitadas informações às autoridades ditas coatoras, prestadas, em tempo e modo, na conformidade dos Ofícios de n.º 3.1107/06-DRH.3 (f. 74/85) e n.º 040/06-AJ/CRS (f. 89/111), respectivamente.

Nos termos do parecer lançado às f. 116/125, o ilustre representante do Ministério público pôs-se favorável à concessão da segurança.

Consoante sentença proferida às f. 128/133, a MM. Juíza de Direito da 7.ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias desta Capital concedeu, definitivamente, a ordem impetrada, ao fundamento de que, verbis:

"Impedir um candidato que consiga preencher todos os demais requisitos e todas as condições exigidas no edital, que tenha se submetido a todos os demais exames e provas, com sucesso, de dar continuidade ao certame pelo simples fato dele possuir tatuagem, (...) é ato administrativo que se mostra rigoroso, em excesso e, ao mesmo tempo, viola o princípio constitucional da igualdade, pois não justifica a sua necessidade, uma vez que o fato de possuir tatuagem não impossibilita o exercício pela autora do cargo de 2º tenente, sobretudo quando se sabe que não será ela responsável por policiamento extensivo".

Em pedido de nova decisão (f. 143/152), o Estado de Minas Gerais defende a legalidade do ato inquinado na via mandamental, ao argumento de que a previsão de submissão dos candidatos ao exame médico, ao contrário do entendimento sufragado no juízo de origem, não impede o livre exercício de profissão, mormente quando a natureza do cargo assim o exige. Afirma que, neste desiderato e, considerando o disposto na Lei Estadual n.º 5.301/69, editou-se a Resolução n.º 3.692, de 19 de novembro de 2002, que regulamenta a inspeção de saúde, prevendo, expressamente, regras para se conhecer os fatores de contra-indicação de candidatos à Corporação Militar. Esclarece que, conquanto aprovada na primeira fase do concurso, a impetrante, submetida aos exames preliminares de saúde, foi eliminada por força de condição considerada incapacitante, prevista no item 09 do Anexo E, do Grupo XI da Resolução n.º 3.692, de 19 de novembro de 2002. Adverte que a tatuagem é catalogada no Código Internacional de Doenças, o que demonstraria a legitimidade e a razoabilidade da exigência editalícia, sob pena de ofensa ao art. 37, incisos I e II, c/c o art. 39, § 3.º e art. 5.º, caput, da Constituição Federal. Por fim, defende a preclusão do direito de impugnar a exigência expressamente prevista no edital do concurso, obtemperando, ao final, pelo provimento do apelo.

Embora devidamente intimada, a apelada não apresentou resposta, conforme certificado à f. 157/verso.

Consoante parecer lançado às f. 164/174, a douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela confirmação da sentença.

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, avoca-se, inicialmente, o conhecimento do reexame necessário, por força do disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533/51.

I - Ausência de direito líquido e certo.

Depreende-se das informações apresentadas pelo Diretor de Recursos Humanos da Polícia Militar de Minas Gerais que a autoridade coatora cogitou ser imprópria a via eleita pela impetrante, ao argumento de que inexiste o direito líquido e certo que se disse violado, cuja comprovação - afirmou - demandaria dilação probatória, hipótese sabidamente incompatível com o rito do mandado de segurança.

A questão, contudo, prescinde de fase para instrução de provas.

O direito líquido e certo dito violado reside na impropriedade da Resolução n.º 3.692, de 19 de novembro de 2002, mais precisamente quando cotejada com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Neste particular, o Despacho Administrativo NR 1023/06-DRH/CRS (f. 48) faz prova suficiente acerca da suposta violação do direito líquido e certo de que se disse titular a impetrante, sendo igualmente úteis as foto-impressões de f. 19/20, a confirmar o formato, o tamanho e a indicação da tatuagem ostentada pela candidata.

Vê-se, destarte, que não se há falar em necessidade de dilação probatória, razão pela qual se rejeita a preliminar.

II - Inépcia da petição inicial.

Também em sede de informações (f. 89/111), o então Diretor de Recursos Humanos e Chefe do Centro de Recrutamento e Seleção da Polícia Militar de Minas Gerais argüiu preliminar de inépcia da petição inicial, à consideração de que a impetrante olvidou-se do pedido de intimação do representante do Ministério público, malferindo a literal disposição do art. 10 da Lei n.º 1.533/51, c/c o art. 84 do Código de Processo Civil.

Com efeito, embora omissa a petição inicial, o processo civil moderno há muito não mais comporta formalismos extremos e procedimentos judiciais inúteis, de sorte que, mesmo ausente pedido expresso de intimação do Ministério PÚBLICO nas causas em que sua intervenção é obrigatória, ainda sim não se há falar em inépcia da inicial, haja vista que a nulidade de que cogita a lei (CPC, art. 246) apenas ocorre quando o membro do parquet não intervém opportuno tempore.

Ademais, presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, não se há falar em inépcia da inicial, razão pela qual se rejeita a preliminar.

III - Preclusão do direito.

Conforme preliminar argüida nas razões que embasam o pedido de nova decisão (f. 143/152), o Estado de Minas Gerais alega questão prejudicial ao mérito do presente writ, ao argumento de que a pretensão mandamental é, em verdade, impugnar expressa disposição constante do edital que baliza o concurso público para provimento do cargo de 2.º Tenente do Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar de Minas Gerais, de sorte que, uma vez realizadas as provas, não mais seria lícito insurgir-se contra as regras do certame.

Ocorre, todavia, que as regras do edital, tão logo publicadas, são expressões in abstrato, não tendo o condão de interferir na esfera jurídica dos respectivos candidatos, senão apenas quando aplicadas individualmente pelas comissões de seleção, por exemplo, a partir de quando são capazes de se subsumir às hipóteses paras as quais foram concebidas.

No caso dos autos, a situação jurídica de vantagem, cuja suposta violação se ressente a impetrante, teve gênese no ato administrativo que a desclassificou do concurso público, sendo este o correto termo a quo para a análise não da preclusão, mas sim da decadência a que se refere o art. 18 da Lei n.º 1.533/51, assim vazado, verbis:

"Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."

No caso concreto, o prazo para contagem do termo decadencial foi inaugurado com a publicação da decisão que negou provimento ao recurso administrativo interposto pela candidata, o que ocorreu em 17 de novembro de 2006 (f. 48), de sorte que, uma vez impetrado em 27 de novembro daquele mesmo ano (f. 67), não se há falar em extinção do direito de se requerer o writ of mandamus.

IV - Do mérito.

O direito líquido e certo de cuja violação se ressente a impetrante decorre da Resolução n.º 3.692, de 19 de novembro de 2002, segundo a qual a "tatuagem em locais visíveis, estando o candidato com qualquer tipo de uniforme" é fator que o contra-indica para os quadros da Polícia Militar de Minas Gerais.

Com efeito, ainda que seja outorgado poder discricionário ao agente público, o seu exercício deve seguir critérios racionais, guardando proporcionalidade com o interesse público motivador do ato administrativo.

No caso em apreço, conquanto seja plausível o controle de tatuagem pelos candidatos ao concurso público para provimento do cargo de 2.º Tenente do Quadro de Oficiais de Saúde da PMMG, haja vista a disciplina e hierarquia que fundamentam a carreira do policial militar, inclusive dos Oficiais, não se pode dar guarida a injustificáveis excessos.

Neste particular, tem-se que as tatuagens que ostenta a impetrante - três pequenas estrelas na região cervical posterior (nuca) -, somente visíveis sob vestes civis, não atentam

contra os bons costumes, donde se conclui que o ato administrativo de que se ressente a candidata não atendeu ao interesse público.

Registre-se, finalmente, que a interpretação literal da Resolução n.º 3.692/2002, a qual equiparou tatuagem à doença, impedindo a candidata de continuar na disputa por uma vaga de psicóloga nos quadros da PMMG, revela-se inadequada e em descompasso com o interesse público, que não é outro senão a seleção dos melhores candidatos para os quadros de Oficiais da Saúde da honrada Corporação mineira.

IV - Conclusão

Forte em tais argumentos, rejeito as preliminares e, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, ex lege.

MAURO SOARES DE FREITAS

ANEXO Tt – Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.001.28138

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível em Mandado de Segurança 2008.001.28138

EMENTA:

AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL.MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. INABILITAÇÃO EM EXAME MÉDICO EM DECORRÊNCIA DE TATUAGENS NO CORPO. VEDAÇÃO EXPRESSA NO EDITAL.CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA E MERECE SER MANTIDA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno na Apelação Cível nº 2008.001.28138, de que é agravante ESTADO DO RIO DE JANEIRO, sendo agravado MAURÍCIO RODRIGUES FREIRE;

ACORDAM os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

VOTO

O SR. DESEMBARGADOR BENEDICTO ABICAIR:

Não assiste razão ao apelante, ora agravante, em seu inconformismo. O agravante, com o presente recurso, não trouxe nenhum novo argumento que possa modificar a decisão agravada.

A decisão foi proferida de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, nos seguintes termos, que se mantêm:

"Trata-se de apelação cível interposta contra sentença, quenos autos de mandado de segurança, concedeu a ordem para garantir aoimpetrante o direito a participação nas demais etapas do concurso públicopara provimento do cargo de soldado classe "c" da Polícia Militar, do qual foi desclassificado no exame médico por possuir tatuagens no corpo.

Não merece reforma a irretocável sentença.Quanto a alegação de impropriedade da via eleita diante da ausência de direito líquido e certo, adoto o parecer ministerial às fls. 108,

que ora transcrevo: "Ainda que se tratasse, conforme alega o Estado em suas razões de recurso, de matéria exclusivamente de mérito, o cabimento do Mandado de Segurança dá-se

também quando perpetrado abuso de poder pela autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os discricionários são atacáveis pela via do Writ, porque a Constituição Federal e a lei ordinária, ao aludirem a ilegalidade, estão se referindo ao ato vinculado, e ao se referirem a abuso de poder estão se reportando ao ato discricionário."

No mérito, é certo que há previsão no edital do concurso quanto à inadmissibilidade de candidatos que tenham tatuagem. Da mesma forma, é sabido que em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no Edital e dos atos praticados na realização do certame. Dessa forma, o poder discricionário da Administração Pública deve guardar compatibilidade

com os princípios constitucionais, tais como legalidade, razoabilidade e igualdade. Neste sentido, a regra contida no edital do certame afigura-se discriminatória e irrazoável, sendo certo que não há justificativa técnica que impeça o candidato que possua tatuagens de exercer a função de policial militar, especialmente quando estas não retratam situação que afronte aos bons costumes ou prejudique o exercício da autoridade pública. A administração pública ao estabelecer as normas do concurso, deve lastrear-se em norma jurídica ou em uma necessidade social específica, não devendo pautar-se em valoração individual e subjetiva do administrador público.

Neste sentido:

APELAÇÃO. CONCURSO DA POLICIA MILITAR. TATUAGEM NO BRAÇO DO IMPETRANTE (FLS. 19/20). SENTENÇA DE DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. DISCRIMINAÇÃO. VIOLAÇÃO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO PARA ADMISSÃO COMO SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE A MARCAÇÃO VENHA REPRESENTAR HÁBITO OU TENDÊNCIAS CRIMINOSAS, MAUS ANTECEDENTES, PASSADO OU MANIFESTAÇÃO IDEOLÓGICA CONTRÁRIA À ORDEM, AOS BONS COSTUMES OU À LEI. MERO OBJETO DE RITO DEVOCIONÁRIO OU RELIGIOSO QUE IMPEDE DISCRIMINAÇÃO, A TEOR DO ART. 5, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DESTE E. TJRJ. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM AMBAS AS INSTÂNCIAS, OPINANDO PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO, REFORMADA A SENTENÇA PARA CONCESSÃO DA ORDEM, CONFIRMADA A DECISÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL PROFERIDA NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 26517/07. (TJRJ AC 2008.001.17054 - DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA - Julgamento: 17/06/2008 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL)

Concurso público. Inabilitação de candidato que apresenta tatuagem. Limite constitucional da exigência editalícia. Ponderações em consonância com o princípio da legalidade, na vertente da conformidade. Balizamento legal pelo princípio da proporcionalidade. Inabilitação de candidato aprovado em concurso público para preenchimento de vaga em emprego do quadro da Guarda Municipal de Macaé, ao fundamento de violação de norma editalícia que considera como motivo de inaptidão a existência de tatuagem em parte visível do corpo. Preceptivo regulamentar que reconduz ao que se pode denominar de princípio da conduta social adequada. Requisito axiológico ao desempenho de qualquer função pública.

Preocupação administrativa que se não afigura irrazoável. Prevalência do interesse público. Núcleo rígido normativo da deliberação administrativa constituído pela regra inscrita no art. 37, II, da Constituição Federal, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir. O elemento normativo previsto no referido art. 39, par. 3. é de natureza estrita. Vulneração de legalidade na disposição editalícia que pôs em crise o direito individual de que dispõe qualquer pessoa em permitir tatuagem no próprio corpo. Constatação deixa em crise o princípio da legalidade em suas duas vertentes conhecidas: da compatibilidade e da conformidade. No caso concreto, caberia ao legislador deliberar sobre possível restrição quanto à alteração voluntária de aparência pessoal de candidato a exercer função de que se trata, ponderação à luz dos cânones do art. 39, par. 3., de largo e espectro conceitual,debaixo de critério de proporcionalidade ou razoabilidade, princípio constitucional de limitação da atividade legislativa que impõe a especificação racional da norma geral que contenha conceito jurídico indeterminado. Precedentes desta Corte de Justiça. Improvimento ao recurso. (TJRJ AC 2006.001.40849 - DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 25/10/2006 – DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL)

Mandado de Segurança. Tatuagem da figura de Jesus Cristo no tronco do impetrante. Reprovação em exame médico para admissão como soldado da Polícia Militar. Inexistência de indícios de que a marcação venha representar hábito ou tendências criminosas, maus antecedentes, passado de presidiário ou manifestação ideológica contrária à ordem, aos bons costumes ou à lei. Mero objeto de rito devocionário ou religioso que impede discriminação, a teor do art. 5., inciso

VIII, da Constituição Federal. Concessão do Mandado de Segurança. Unânime. (TJRJ MS 2006.004.01575 - DES. ANTONIO CARLOS AMADO - Julgamento: 09/05/2007 - DECIMA CAMARA CIVEL)

Mandado de seguranca. Concurso publico municipal. Eliminacao em exame medico. Tatuagem gravada. Decadencia. Nao configuracao. Direito fundamental. Violacao.A restricao prevista no edital quanto `as tatuagens, não implica, obrigatoriamente, a impugnacao do candidato no momento da inscricao, porquanto a lesao do direito da impetrante, somente, se consolidou quando de sua reprovação no exame pre'-admissional, em razao de ser portadora de tatuagem, nascendo dai' o seu interesse de agir. Afasta-se a decadencia. A Administracao Publica encontra-se regida pelo principio da legalidade, significando dizer que o administrador somente podera' praticar os atos previstos em lei (art. 37).

Dispoe o art. 5., II, que ninquem sera' obrigado a fazer oudeixar de fazer alguma coisa senao em virtude de lei, e neste caso inexiste previsao ordinaria proibitiva de uso de tatuagem.

O principio da razoabilidade deve nortear a consciencia do administrador na pratica do ato administrativo e do julgador no momento da decisao. O impetrado nao demonstrou a existencia de causa que impedisse ou dificultasse o portador da tatuagem em exercer as atividades proprias do cargo, ou seja, nao ha', na realidade, substrato juridico ou fatico que

justifique a criacao de norma editalicia de natureza restritiva do direito de liberdade e discriminatoria. Demais, a impetrante comprovou ter retirado a tatuagem. A exigencia da autoridade impetrada nao encontra amparo no sistema juridico patrio, tanto constitucional, como infraconstitucional, e ultrapassa os limites do razoavel, adentrando na seara da arbitrariedade, impoe-se a correcao do desmando. Concessao da ordem. (TJRJ AC 2002.001.10882 - DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 12/08/2003 - SEXTA CAMARA CIVEL) Por fim, deve ser ressaltado, que o impetrante, ora apelado comprova às fls. 23 estar realizando tratamento médico para remover as tatuagens, o que demonstra, como bem analisado pelo sentenciante, o seu grau de comprometimento com a Corporação a que pretende ingressar. “

Por tais motivos, nega-se provimento ao presente agravo interno.

Rio de Janeiro,

DESEMBARGADOR BENEDICTO ABICAIR

RELATOR.