Número 6 – abril/maio/junho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E CONCURSOS PÚBLICOS

Prof. Adilson Abreu Dallari
Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

I. INTRODUÇÃO

A garantia de acessibilidade ao serviço público é um direito fundamental do cidadão. Já tivemos oportunidade de registrar essa afirmativa em trabalho monográfico sobre o regime jurídico dos servidores públicos, destacando, inclusive seu caráter universal:

> *"Em resumo, todo brasileiro tem constitucionalmente assegurado o direito de, por qualquer forma, participar da administração pública, direta ou indiretamente, mesmo quando ela se apresenta com uma roupagem de pessoa jurídica de direito privado.*
>
> *Para que se tenha uma idéia da importância do tema, basta dizer que ele figura no texto da Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações unidas em 10.12.1948, com o seguinte enunciado: 'Cada indivíduo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, no serviço de seu país.' "*
>
> *ADILSON ABREU DALLARI. "Regime Constitucional dos Servidores Públicos". 2ª edição revista e atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.28*

No sistema jurídico brasileiro a garantia de igual acesso a todos os interessados em ingressar no serviço público tem fortíssimas raízes constitucionais, a partir do próprio art. 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio republicano, o qual não admite castas ou classes de cidadãos. A

obrigatoriedade do concurso de ingresso no serviço público já é uma decorrência do princípio republicano, mas é reforçada ainda mais pelo princípio da isonomia e por disposições constitucionais expressas.

O princípio da isonomia é uma decorrência imediata do princípio republicano, motivo pelo qual o insuperável GERALDO ATALIBA ,às págs. 133 e ss. de seu "República e Constituição", (RT, São Paulo, 1985) afirmou que ele se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, afetando tanto a elaboração das leis quanto todos os atos administrativos:

> *"Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um estado, outorgassem a si mesmos uma constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao estado --- que criaram em rigorosa isonomia cidadã --- poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualações, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A res pública é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade.*
>
> *A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.*
>
> *Nos casos em que as competências dos órgãos do Estado --- e estes casos são excepcionais --- não se cinjam à aplicação da lei, ainda aí, a isonomia é princípio que impera e domina. Onde seja violado, mistificado, fraudado, traído, há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial. Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano."*

Os princípios constitucionais, tanto o republicano quanto o da isonomia, devem servir como norte a orientar a interpretação de todo e qualquer dispositivo isolado, inclusive do disposto no inciso II, do art. 37, onde figura expressamente a exigibilidade do concurso, nestes termos, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998:

> *"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;"

A Emenda Constitucional nº 19, que serviu de base para a Reforma Administrativa, aboliu o regime jurídico único dos servidores, que, em nosso entendimento (e da grande maioria da doutrina) deveria ser o estatutário. A partir dela a Administração Publica pode se utilizar, em larga escala, do regime celetista, da CLT, aplicável aos trabalhadores em geral, tanto do setor privado quanto do setor público, mas, para estes, inobstante a flexibilização do regime de trabalho, continuou sendo obrigatória a aprovação em concurso público de ingresso, como condição da celebração do contrato de trabalho.

A regra geral, portanto, é a da obrigatoriedade da realização de concurso público. Apenas excepcionalmente, quando as atribuições a serem exercidas pelo ocupante assim o exigirem, como é o caso das funções de direção e assessoramento, é que poderão ser criados cargos em comissão, providos livremente, sem concurso. A criação indiscriminada de cargos em comissão é, sem dúvida alguma, uma afronta à Constituição Federal, muito embora seja praticada em larga escala, em todos os níveis de governo e independentemente da coloração partidária dos governantes.

A clareza e o vigor do dispositivo e dos princípios constitucionais acima referidos, entretanto, não impedem ou evitam tentativas de restringir a amplitude dos concursos, para favorecer ou prejudicar pessoas, ou mesmo a existência de dúvidas a respeito da licitude de determinadas exigências. Exatamente estas questões controvertidas é que serão objeto de exame no presente estudo.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Concurso público não se confunde com simulacro de concurso público. Não atende aos requisitos constitucionais o chamamento ou a inscrição de apenas alguns apaniguados, que simularão uma disputa, apenas para aparentar a realização de um concurso público. Não é concurso público o certame que se desenvolve sem observância do princípio da isonomia. É essencial que todo e qualquer interessado seja tratado com igualdade, para que vençam os melhores.

O concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos deve ser aberto por um edital, pois esta é a forma pela qual a Administração Pública anuncia publicamente seu propósito de selecionar interessados e estabelece as regras do certame. Evidentemente, o edital deve ter ampla divulgação, mediante a afixação e a publicação em locais e veículos de comunicação de grande acesso ao público, observando-se um tempo suficiente tanto para que os interessados tomem conhecimento de sua abertura, quanto para que reúnam a documentação necessária e façam a inscrição, quanto, ainda, para que os inscritos se preparem para as provas.

Por sua vez, as regras que disciplinam a elaboração do edital devem ser estabelecidas por lei, dado que a Constituição Federal estipula, em seu art. 5º, II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", configurando assim o chamado princípio da legalidade. Mas a estipulação, por lei, das regras condicionadoras do edital não corresponde apenas ao mero atendimento formal do mencionado dispositivo constitucional. A exigência de lei, em sentido estrito, disciplinando a realização do concurso está diretamente ligada à observância concreta do princípio da isonomia. O significado, o alcance e a finalidade do princípio da legalidade foram magnificamente expostos por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na seguinte passagem:

> *"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 favoritismos, 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".*
>
> *"Curso de Direito Administrativo", 15ª ed., Malheiros Editores, 2.003, p. 91.*

Nada impede que a especificação das exigências legais, o detalhamento dos meios e modos de cumprimento da lei e a configuração de cada específico concurso público sejam objeto de algum decreto ou outro ato normativo regulamentar ou, ainda, constem do próprio texto do edital, mas é a lei que vai assegurar o tratamento isonômico a todos os eventuais interessados. Ou seja, as opções fundamentais quanto à forma de realização do concurso, as condições de participação de interessados e os critérios de avaliação das provas e, eventualmente, dos títulos, deverão já estar fixadas pela lei.

Neste ponto, novamente com o precioso auxílio do consagrado CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em outra obra de sua autoria, é preciso enfrentar um aparente paradoxo. Como é possível afirmar que a lei assegura a observância do princípio da isonomia se, na verdade, toda lei desiguala? Na matéria especificamente em exame, é fácil observar que, ao estipular requisitos de inscrição no concurso, a lei estará procedendo a uma diferenciação entre quem preenche e quem não preenche tais requisitos. Para sair deste impasse é imprescindível ter uma noção mais clara do conteúdo e do significado do princípio da isonomia.

Conforme ensina o mencionado mestre, nem toda especificação ou diferenciação feita por lei é compatível com o sistema jurídico. Dado que um dos princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro é exatamente o princípio da isonomia, somente são com ele compatíveis as discriminações que preencham determinados requisitos:

> *"Para que um discrímem legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:*
>
> *a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;*
>
> *b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;*
>
> *c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;*
>
> *d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja permanente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.*
>
> *O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um consequente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional."*
>
> *CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. "Conteúdo jurídico do princípio da igualdade". 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 41 e 42.*

Aplicando-se tais ensinamentos ao concurso público, pode-se dizer que as exigências de participação somente são conciliáveis com o sistema jurídico quando corresponderem a uma característica essencial necessária ou inquestionavelmente conveniente para o desempenho das funções correspondentes ao cargo em disputa.

Isso significa que somente diante de cada caso concreto, somente em função do conteúdo ocupacional de determinado cargo é que se poderá saber se uma dada exigência, se um dado requisito de participação, é constitucional ou inconstitucional, em razão de sua pertinência ou não com as funções que deverão ser exercidas pelo futuro ocupante do cargo.

Não existe uma solução mágica e universalmente aplicável, como um gabarito, que, por simples comparação possa dizer, com absoluta segurança, quando uma determinada exigência legal é constitucionalmente aceitável, ou quando ofende o princípio da isonomia. A solução deve ser buscada na observação cuidadosa das circunstâncias de cada caso, fundamentalmente com o uso do bom-senso, que, no mundo jurídico corresponde à aplicação do princípio da razoabilidade:

> *"O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao direito. Esse "bom-senso jurídico" se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito".*
>
> *"A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade".*
>
> *(MARIA PAULA DALLARI BUCCI, "O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade", Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 16, Editora RT, São Paulo, 1996, p. 173).*

Na prática, no cotidiano da Administração Pública, com a realização de uma multiplicidade de concursos públicos, promovidos por diferentes autoridades, as dúvidas e controvérsias foram pouco a pouco aflorando e se cristalizando. Uma boa parte dessas questões recebeu tratamento doutrinário suficiente para eliminar problemas, mas uma grande parte acabou sendo submetida ao exame do Poder Judiciário, que, por sua vez, em alguns casos conseguiu estabelecer uma orientação segura, mas em outros ainda claudica, em busca de uma uniformização jurisprudencial.

O concurso público somente interessa aos fracos, aos desprotegidos, àqueles que não contam com o amparo dos poderosos capazes de conseguir cargos ou empregos sem maiores esforços. A realização de concursos públicos sempre terá uma forte oposição daqueles que dispõem de meios para prover cargos e funções por outros meios. Além disso, sempre existe uma desconfiança dos participantes comuns no tocante à lisura e à legitimidade do procedimento. As autoridades diretamente incumbidas de levar a efeito um concurso público sempre terão de se haver com uma saraivada de impugnações e denúncias de toda ordem.

Exigências e decisões amparadas pela jurisprudência certamente serão melhores acolhidas pelos inconformados, motivo pelo qual é de grande valia um exame da jurisprudência existente sobre o assunto.

III. EXAME DA JURISPRUDÊNCIA

O que se pretende, neste estudo, é comentar um rol de questões controvertidas (cada uma delas objeto de um dos tópicos que se seguem), à luz de um exame não exaustivo, mas meramente exemplificativo, de algumas decisões e, quando existente, de algumas orientações jurisprudenciais mais solidificadas, com o propósito de, pelo menos, indicar algum caminho, mais tranqüilo ou menos tortuoso, para aqueles que se defrontam com a difícil e ingrata tarefa de realizar concursos públicos dignos de tal designação.

a) idade

A própria Constituição Federal já estabelece requisitos mínimos de idade para ingresso no Serviço Público, em sentido amplo. Nos artigos 101 e 73, § 1º, estão estabelecidas as idades, mínima de 35 anos e máxima de 65 anos, para a nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas. O estabelecimento de limite de idade, portanto, não é incompatível com a Constituição.

Entretanto, a mesma Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXX, expressamente consigna a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (sublinhei). A regra geral, portanto, é no sentido da proibição de se fixar a idade como critério de ingresso no serviço público.

Mas é até mesmo intuitivo que certas funções, de maior responsabilidade, exigem de seu executante um acentuado grau de maturidade, enquanto outras funções, ao contrário, exigem para seu perfeito desempenho, um vigor físico mais característico da juventude. Mas o problema estava na fixação de limites mínimos e máximos de idade, nos editais de concursos, apenas para limitar o universo de interessados e, assim, excluir ou favorecer indevidamente determinadas pessoas.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão mediante a edição de duas Súmulas de sua jurisprudência, exatamente as Súmulas 14 e 683, que passam a ser examinadas.

Num primeiro momento, ao decidir sobre a constitucionalidade do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei nº 5.017, de 16/12/58), que delegava poderes à Administração pra estabelecer os limites de idade no edital de cada concurso, entendeu o STF que tal delegação era inconstitucional, e editou a Súmula nº 14, com o seguinte teor:

"Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público" (Súmula nº 14).

A Súmula nº 14 firmou o entendimento de que não era possível fixar limite de idade nem no edital nem em qualquer outro ato administrativo normativo de caráter regulamentar. Ela deixou implícito o entendimento de que somente a lei, em sentido estrito, poderia fixar tais requisitos.

Porém, quase dez anos depois, em 06/12/73, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 74.355, no qual se discutia a constitucionalidade de dispositivo do Estatuto dos Funcionários Públicos do Rio de Janeiro, o STF reformulou o entendimento anterior.

O art. 26 desse Estatuto (Decreto-lei nº 344, de 28/10/41) assim dispunha:

"Art. 26 – Os limites de idade para inscrição em concurso público e o prazo de validade deste, serão fixados, de acordo com a natureza das atribuições da carreira ou do cargo, nas instruções respectivas."

O Eminente Ministro BILAC PINTO, Relator do RE nº 74.355, votou no sentido da constitucionalidade daquele artigo, por entender que ele apenas delegava poderes à Administração para fixar os limites de idade nas instruções do concurso.

Justificou seu entendimento observando que as instruções são regras gerais, abstratas e impessoais, não havendo, assim risco de favorecimento ou lesão ao princípio da isonomia. Entendeu, ainda, que ao havia incompatibilidade entre seu voto e a Sumula 14, pois esta vedava a fixação por "ato administrativo", mas as instruções são atos apenas formalmente administrativos, mas materialmente legislativos.

Entretanto, ao proferir seu voto, o Eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE adotou posição contrária, lembrando que o art. 26 do Estatuto fluminense, em exame naquele RE, era idêntico ao correspondente artigo do Estatuto paulista, que havia ensejado a edição da Súmula nº 14. Portanto, segundo ele, se o STF decidisse o RE em exame acompanhando o voto do Relator, estaria revogando a Súmula nº 14. Assim, considerando que a Constituição afirmava que os requisitos de idade deveriam ser estabelecidos em lei, votou pela manutenção da Súmula nº 14, por entender que a delegação de poderes à Administração era inconstitucional. Foi acompanhado pelo Ministro LUIZ GALOTTI, mas foi voto vencido.

O voto do Relator foi vencedor, por maioria de votos, e o Acórdão recebeu a seguinte ementa:

"FUNCIONALISMO. CONCURSO. LIMITE DE IDADE. DELEGAÇÃO.

Fixação, pelo Poder Executivo, em Instruções Especiais de limite de idade para concurso público. Existência de lei que delegou tal poder. Sua legitimidade. Recurso provido. Votos vencidos."

Ou seja, após ter mudado seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal cancelou a Súmula nº 14 (RE nº 74.486, RTJ 68/463) que não tem mais vigência. Não editou outra em sentido contrário, mas passou a acolher o entendimento esposado no julgamento do RE nº 74.355 (RTJ 70/147).

Mais recentemente, o STF editou outra Súmula sobre a mesma questão da idade como condição de inscrição em concurso público, mas, desta vez,enfocando não a forma de fixação de tais requisitos, e sim o seu aspecto substancial, entendendo que não é possível a fixação arbitrária de requisito de idade mesmo por lei.

A Súmula nº 683, fazendo menção expressa ao art. 7º, XXX, da CF, firma o entendimento de que a lei somente pode estabelecer requisito de idade se e quando tal requisito for efetivamente pertinente às funções do cargo ou emprego a ser preenchido.

"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." (Súmula nº 683)

Em resumo: nos termos da Constituição Federal, somente a lei pode estabelecer requisito mínimo (ou máximo) de idade para ingresso no serviço público. Entretanto, a lei pode, expressamente, delegar essa prerrogativa à Administração, para que esta estabeleça tais requisitos em ato normativo, de natureza regulamentar, que discipline, de maneira geral e abstrata, a realização do concurso, mas desde que haja uma relação de pertinência entre o limite estabelecido e o conteúdo ocupacional do cargo ou emprego. Na ausência de qualquer uma dessas duas condições, a exigência será inconstitucional.

b) sexo

O supra transcrito inciso XXX, do art. 7º, da Constituição proíbe também a discriminação de sexo como critério de admissão no serviço público. Mas a regra mais ampla, proibitiva de qualquer forma de discriminação de sexo, está no art. 5º, inciso I, segundo o qual "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

Todavia, é igualmente intuitivo que determinadas funções somente podem ser exercidas, ou, pelo menos, melhor podem ser exercidas por pessoas de determinado sexo. Como exemplo, cabe citar os casos de polícia feminina, de guarda de presídio e de estivador. A solução do problema está na aplicação analógica das Súmulas do STF acima transcritas, pois "ubi eadem ratio, idem jus": onde houver o mesmo motivo, aplique-se o mesmo direito.

Somente por meio de lei, em sentido estrito, certos cargos ou empregos públicos podem ser de preenchimento exclusivo por pessoas de determinado sexo, mas desde que haja uma relação de pertinência entre o sexo do servidor (ou servidora) e o específico trabalho a ser por ele (ou ela) desenvolvido. A discriminação desarrazoada de sexo configura inconstitucionalidade.

O problema continua existindo, porém, diante de cada caso concreto, pois não há um meio seguro, objetivo, inquestionável de se aferir quando determinada função comporta ou não comporta a especificação do sexo de quem deva exercê-la.

Exemplo dessa dificuldade é o julgado do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa se transcreve:

> *"CONCURSO PUBLICO - ISONOMIA – Não viola o principio constitucional da isonomia legislação estadual que, ante a natureza especial das funções e o interesse publico, reserve o acesso do cargo de delegado de policia ao sexo masculino – Precedentes do STF – Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 93122 / PR – PARANA - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - 31/10/1980 - Órgão Julgador: Segunda Turma)"*

Basta lembrar que em outros Estados brasileiros não existe tal discriminação. Mesmo onde existem delegacias especializadas no atendimento de mulheres, a carreira de Delegado de Polícia é uma só, havendo diferença apenas quanto à designação para a delegacia especializada, mas não havendo discriminação alguma no tocante às delegacias comuns. Nestas, que atendem ocorrências em geral, a autoridade policial tanto pode ser um delegado de polícia quanto uma delegada de polícia, mas naquelas (delegacias que cuidam de crimes contra mulheres) sempre será melhor que a autoridade seja do sexo feminino.

Essa questão da pertinência, portanto, varia no espaço e no tempo, ao sabor dos costumes e valores locais num determinado momento. Mas, na dúvida, a solução sempre deverá ser no sentido da não-discriminação, pois a igualdade de direitos entre os sexos, não só mas também com relação ao ingresso no serviço público, é um valor constitucionalmente afirmado e reafirmado.

c) religião

As questões religiosas são extremamente complicadas, pois não comportam soluções puramente racionais. Além disso, o próprio texto constitucional é bastante sinuoso e até dúbio quanto a essa matéria, talvez em razão das fundas raízes católicas da formação do povo brasileiro.

No preâmbulo da Constituição Federal de 05/10/88 (preâmbulo esse que faz parte do texto) está dito, expressamente, que os representantes do povo brasileiro se reuniram, "sob a proteção de Deus" para promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas essa mesma Constituição, promulgada sob a proteção de Deus, afirma, em seu art. 19, inciso I, o caráter laico do Estado brasileiro:

> *"Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;"*

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, a Constituição desse Estado laico, no inciso VI, afirma que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". A neutralidade religiosa não significa desconsideração aos cultos e liturgias, que merecem respeito, inclusive por parte da Administração Pública.

Logo adiante, nesse mesmo art. 5º, inciso VIII, a Constituição deixa claro que convicções religiosas produzem efeitos jurídicos, pois "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

Ambos os incisos do art.5º, acima referidos, podem trazer sérias conseqüências no tocante a horários e regimes de trabalho, e quanto ao desempenho de certas funções, em razão da incompatibilidade com convicções religiosas. Esse problema se complica ainda mais quando o art. 5º, em seu inciso XLII, afirma que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", pois não existe um limite muito claro entre o religioso e o racial.

Embora não haja uma identidade completa, é certo que existe uma certa correlação entre determinadas etnias e a religião professada. Sirva de exemplo a associação que se faz, equivocadamente, mas costumeiramente, entre muçulmanos e árabes e, muito especialmente entre judeus e semitas. Certamente uma autoridade pública que, inocentemente, inadvertidamente, marcasse a realização de um concurso público para o dia do "yon kipur" (feriado máximo da religião judaica), correria um sério risco de responder pelo crime de racismo, sob acusação de anti-semitismo.

Problema mais real, mais concreto e mais freqüente é o que diz respeito ao descanso semanal remunerado e aos feriados religiosos. O art. 7º, inciso XV, da Constituição Federal, assegura a todos os trabalhadores, públicos e do setor privado, "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". Quanto ao repouso semanal, existe apenas uma preferência, evidentemente determinada pela predominância do catolicismo. Tal preferência, em alguns casos, pode ser ajustada às necessidades de serviço (vale lembrar que o inciso VIII fala em "prestações alternativas" e poderia ser invocado por analogia), mas os feriados religiosos das diferentes religiões

recaem em datas distintas e, sabidamente, apenas os feriados religiosos católicos são oficialmente aceitos e observados.

Adentrando mais diretamente no campo do acesso ao serviço público, cabe destacar que, em duas passagens, nos artigos 5º, VII, e 210, a Constituição Federal estabelece a prestação de serviço de caráter religioso: com relação a presidiários e militares; e com relação ao ensino fundamental.

No art. 5º, inciso VII, está estabelecido que "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". O que se afirma, aqui, é o direito, do interno, de receber assistência religiosa, não havendo, exatamente, um dever do Estado em proporcioná-la. Havendo voluntários que se disponham a prestar tal assistência, isso não pode ser impedido. Mas o problema sempre haverá quando não houver voluntários e, ainda, diante da proibição da prestação de trabalho sem remuneração.

Quanto aos militares, a Lei nº 6.923 de 29/06/81, que dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas, estipula, em seu art. 4º, que "O Serviço de Assistência Religiosa será constituído de Capelães Militares, selecionados entre sacerdotes, ministros religiosos ou pastores, pertencentes a qualquer religião que não atente contra a disciplina, a moral e as leis em vigor", devendo tais religiosos constituírem um "Quadro de Capelães Militares", o que significa a contratação de pessoas exatamente em função de sua crença religiosa. Quais são as religiões oficialmente reconhecidas? Como selecionar tais servidores militares?

No tocante à educação fundamental, o art. 210 da Constituição Federal, combinado com o disposto em seu § 1º, obriga as escolas públicas a admitir professores de religião:

> *"Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.*
>
> *§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental."*

A matrícula do aluno na disciplina é facultativa, mas a escola pública está obrigada a proporcionar o ensino religioso, o que pressupõe a admissão de professores com formação religiosa, trazendo sérios problemas para o concurso público de ingresso.

A questão religiosa, na verdade, no Brasil, até o momento, possivelmente pelo acentuado desequilíbrio de forças em relação ao catolicismo, não apresentou maior gravidade, mas foi aqui suscitada porque, agora, no Brasil, assiste-se ao crescimento acentuado de outras religiões e no mundo todo símbolos e costumes religiosos estão deflagrando conflitos e exigindo uma tomada de posição por parte da Administração Pública, alertando para que, pelo menos, se comece a pensar nesse assunto.

d) formação técnica

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal afirma que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Certas profissões, portanto, somente podem ser exercidas por quem tiver preenchido os requisitos legalmente estabelecidos, que normalmente, significam a obtenção de um determinado diploma comprovante da escolaridade e, em alguns casos, a inscrição na correspondente entidade de controle do exercício profissional.

O problema com relação à exigência de determinada formação profissional, normalmente, surge quando o candidato se inscreve no concurso antes de ter obtido a qualificação necessária ao exercício das funções correspondentes ao cargo ou emprego posto em concurso, mas vem a obter o diploma depois de aprovado no concurso e antes da nomeação ou posse.

Por uma questão de economia processual, normalmente, os editais aceitam, para fins de inscrição no certame, apenas uma declaração do candidato no sentido de que preenche os requisitos para a nomeação ou contratação. Ocorre com bastante freqüência que estudantes no final do curso universitário se inscrevem no concurso, declarando falsamente a titularidade que não possuem, na certeza (ou, pelo menos, na esperança) de que até o momento da posse e início de exercício nas funções, estarão devidamente titularizados para isso.

Durante algum tempo essa questão foi bastante debatida na doutrina. Entendiam alguns que a qualificação profissional é requisito de exercício das funções inerentes ao cargo, o que somente iría acontecer após a aprovação e nomeação. Por essa razão, não seria possível exigir a titulação profissional no momento da inscrição no concurso.

Entendiam outros que somente poderiam inscrever-se para concurso quem já tivesse as condições necessárias para o futuro exercício, pois, se assim não fosse, a Administração Pública ficaria numa situação de incerteza, diante da possibilidade de que alguém fosse aprovado no concurso e não obtivesse a qualificação profissional. Na prática isso causava enormes problemas, pois o candidato acabava utilizando-se de todos os meios possíveis para protelar a posse, até que obtivesse o diploma, prejudicando assim o regular funcionamento da Administração Pública.

A jurisprudência oscilou bastante ao longo do tempo. Num primeiro momento pareceu ter-se inclinado no sentido da licitude da exigência de qualificação profissional já no momento da inscrição, conforme os termos do Acórdão cuja ementa se transcreve:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA - Direito líquido e certo - Inocorrência - Investidura em cargo público - Autoras que não possuíam, até o dia terminal da inscrição o diploma exigido pelo edital - Ausência de violação ao princípio da isonomia - Segurança denegada - Recurso não provido. A inscrição do candidato no concurso importa no conhecimento das*

instruções e na aceitação tácita das condições do mesmo, tais como se acham estabelecidas no edital. O certame objetivava o preenchimento de cargos de nutricionista, privativos de profissionais de formação universitária. Não possuindo as autoras o referido diploma até a data do término das inscrições, faltou-lhes a exigência essencial ao direito à investidura."

(TJSP - Apelação Cível n. 177.455-1 - São Paulo, Relator: Cunha de Abreu - 05.11.92)

Mas a jurisprudência mais recente está em sentido radicalmente contrário, certamente em decorrência da Súmula nº 266 do STJ, cujo teor é o seguinte:

"Súmula nº 266. O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

Esse mesmo entendimento já foi acolhido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em Acórdão cuja ementa se transcreve:

"Concurso público: auxiliar de enfermagem: a exigência de habilitação para o exercício do cargo objeto do certame dar-se-á no ato da posse e não da inscrição do concurso: precedente (RE 184.425, 2ª T., Carlos Velloso, DJ 12.6.98). (STF, Recurso Extraordinário nº 423.752-1/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10.09.2004)"

Tais decisões acabaram por solidificar a jurisprudência dos tribunais inferiores, em cujas decisões passaram a ser mencionadas:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INSCRIÇÃO EM FASE. EXIGÊNCIA PRÉVIA DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR. EDITAL.

- É assente na jurisprudência que a comprovação de efetiva escolaridade ou habilitação legal para o exercício de cargo público apenas deva se dar por ocasião da investidura (posse). Súmula 266 do STJ.

- A malsinada exigência limita o universo de candidatos, afastando de logo aqueles que poderiam estar melhor capacitados intelectualmente para o exercício da função pública, ainda que na iminência de obter o pleno atendimento desse requisito educativo exigido no edital.

- Leciona a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro que a Emenda Constitucional n.º 19/98 inseriu o princípio da eficiência na Carta Máxima, devendo ser observado sob dupla face: "em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na

prestação do serviço público" (in Direito Administrativo, 14ª ed., pag. 83). Violação na espécie ao referido princípio.

-A exigência de diploma ou habilitação legal anteriormente à investidura cria restrição à disputa por um cargo público não prevista, implícita ou expressamente, no art. 37 da Constituição Federal da República (STF, RE 184.425/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, unânime, julgado em 01.10.1996, DJ de 12.06.1998).“

Agravo desprovido. (TRF – 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 43796/CE (2002.05.00.017885-7), 1ª Turma, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, Rel. Conv. Des. Federal César Carvalho, DJU 15.10.2004)

Isso significa que, com base nessa jurisprudência, é possível impugnar o edital que exigir a efetiva qualificação profissional como requisito de inscrição.

Quando, entretanto, o edital exigir a qualificação profissional como requisito de inscrição, mas dispensar a apresentação do comprovante já nesse momento, não pode ser aceita como, válida, lícita, e consentânea com o princípio da moralidade a atitude de quem, sem se insurgir contra a exigência, se inscreve mediante declaração falsa. Nessa hipótese o foco da discussão se desloca da legalidade da exigência para a legalidade da conduta.

Se o candidato obtém a inscrição e realiza as provas com base em uma declaração falsa, qual seja a de ser titular de uma qualificação profissional que efetivamente não detinha à época da abertura do concurso, sua posse pode ser recusada. Sua inscrição padecia de nulidade e, diante disso, não poderia produzir efeito jurídico (Súmula 473 do STF). A nulidade, embora posteriormente constatada, gera efeitos “ex tunc”, retroativamente, a partir do momento no passado em que ocorreu. Nem se diga que o vício seria convalidável, pois tal entendimento configuraria um prêmio à falsidade, à má fé e à falta de ética, características essas absolutamente incompatíveis com o exercício da função pública.

e) exame psicotécnico

A questão da exigibilidade de submissão a exame psicotécnico, como parte das provas de um concurso público, ainda é objeto de grandes controvérsias jurisprudenciais. O problema está no caráter marcadamente subjetivo e episódico da avaliação psicotécnica.

Não se nega cientificidade ao exame nem se questiona sua utilidade. O problema está, em primeiro lugar, em que diferentes analistas poderão extrair diferentes conclusões diante dos mesmos fatos e, em segundo lugar, mas principalmente, no caráter precário ou temporário das conclusões, no sentido de que elas revelam ou refletem uma situação momentânea, que poderia ser diferente caso o exame se realizasse um pouco antes ou um pouco depois.

A Súmula nº 686 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público" por certo contribui para evitar exigências abusivas e despropositadas, mas o maior progresso no sentido de ajustar essas exigências aos imperativos do princípio da isonomia foi alcançado por meio de uma série de decisões em casos isolados, todas elas convergindo em uma só direção:

> *"ADMINISTRATIVO - Concurso público - Exame psicotécnico - Necessário estabelecimento de um grau mínimo de objetividade - Reexame de fatos e provas - Súmula 279 do STF – Precedentes - Regimental não provido. (STF, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AI 406522 AgR / DF – DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. NELSON JOBIM - 04/02/2003 - Órgão Julgador: Segunda Turma)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL - CONCURSO PÚBLICO - EXAME PSICOTÉCNICO - Exame psicotécnico com caráter eliminatório - Avaliação realizada com base em critérios não-revelados - Ilegitimidade do ato, pois impede o acesso ao Poder Judiciário, para conhecer de eventual lesão ou ameaça de direito ocasionada pelos critérios utilizados - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 342074 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA - 17/09/2002 – Órgão Julgador: Segunda Turma)*
>
> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - 2. CONCURSO PÚBLICO - Exame psicotécnico previsto no edital que rege o concurso, com base em critérios meramente subjetivos - Irrecorribilidade de seu resultado - 3. Violação dos arts. 5º, XXXV, e 37, caput e incisos I e II, da Constituição Federal – Precedentes - 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 326349 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - 10/09/2002 - Órgão Julgador: Segunda Turma)*
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCURSO PÚBLICO - EXAME PSICOTÉCNICO – Exigência de rigor científico – Necessidade de um grau mínimo de objetividade – Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis – Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados – Princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública – Recurso improvido. - O exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros*

norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar -se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. Precedentes" (AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AI 318367 AgR / BA – BAHIA - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - 27/08/2002 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

Todas essas decisões reduzem severamente a subjetividade do exame, na medida em que entendem ser indispensável a prévia estipulação de pautas ou parâmetros de avaliação, a qual não poderá ser secreta (pelo menos para o examinado, que tem direito à preservação de sua intimidade), sendo indispensável a previsão de recurso da decisão proferida, a qual deverá ainda ser suscetível de controle judicial.

Todos esses requisitos não eliminam os problemas anteriormente apontados e, o que é mais significativo, não permitem uma comparação entre os candidatos, no sentido de levar a uma classificação. O exame psicotécnico pode revelar uma condição pessoal de cada candidato, concluindo por sua aptidão ou inaptidão, mas não serve para a disputa entre interessados, destinada a evidenciar os melhores, que é uma característica elementar do concurso público de ingresso.

Já tivemos oportunidade de enfocar essa questão à página 37 de nosso, acima referido, "Regime Constitucional dos Servidores Públicos":

"Não se infira daí que a administração esteja proibida de verificar a integridade moral e a sanidade física e mental de quem pretenda ingressar no serviço público, isso poderá ser feito, no momento da posse, se houver previsão legal, observados os outros direitos constitucionalmente estabelecidos, mas tal aferição não faz parte do concurso."

Por isso mesmo, preferimos manter o entendimento já esposado no sentido de que o exame psicotécnico não deve figurar como parte do concurso público, mas, sim, como requisito para a investidura no cargo ou emprego, da mesma forma que o exame médico, do qual seria um dos elementos, de cujo conjunto resultaria uma avaliação da aptidão física e mental.

f) investigação social

Durante muito tempo, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, aceitou-se a prática de submeter postulantes a determinados cargos, de especial responsabilidade, como é o caso do juiz, a uma investigação social reservada, procedida mediante informações sigilosas, às quais o investigado não tinha acesso, e que poderia resultar na sua aceitação ou rejeição incontestável.

Dessa forma, antigamente, mulheres nunca eram aprovadas nos concursos de magistratura. Evidentemente, esse "processo seletivo" se chocava frontalmente com o princípio da isonomia, motivo pelo qual acabou

sendo abandonado e foi definitivamente sepultado com a edição da Súmula 684 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”.

Mas nos meios militares, mesmo atualmente, na vigência da atual Constituição Federal, ainda existe a prática da investigação social, cuja compatibilidade com a ordem jurídica foi reconhecida pela jurisprudência:

> *“POLÍCIA MILITAR - Concurso público - Inclusão de pesquisa social com caráter eliminatório - Possibilidade - Mau conceito no meio social que não pode comprometer a Corporação - Recurso não provido.”*
>
> *(TJSP, Apelação Cível n. 226.473-1 - São Paulo - 6ª Câmara Civil - Relator: Munhoz Soares - 18.05.95 - V.U.)*

Diga-se, entretanto, que o caráter absolutamente sigiloso e totalmente inquestionável foi sendo mitigado pela procedimentalização do exame dos antecedentes do candidato, pela motivação da decisão e pela possibilidade de controle, inclusive judicial, conforme o Acórdão que se segue:

> *“ADMINISTRATIVO - Mandado de segurança - "Concurso público" – Agente de policia - "Investigação social" - Crime (homicídio) cometido por candidato quando era "menor inimputável" - Ilegalidade da investigação social da "banca examinadora", com violação literal do "Estatuto da Criança e do Adolescente (Arts 143 e 144)" – A presunção de irrecuperabilidade de quem já cometeu delito penal, a par de solapar um dos primados da civilização ocidental, jogaria por terra toda a política criminal da reabilitação e reintegração do delinqüente a seu meio social – Recurso especial conhecido pela alínea”a” do autorizativo constitucional.”*
>
> *(STJ, RESP 48278 – Acórdão – Ministro: Pedro Acioli – 21.10.96)*

Também no âmbito do Poder Judiciário persiste a investigação social, mas sem as características antigas e com respeito às garantias constitucionais, podendo a decisão tomada pelo Tribunal, em sede administrativa, ser alterada na via judicial:

> *“CONSTITUCIONAL - Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Concurso público – Magistratura estadual - Entrevista – Investigação social e da vida pregressa – Ato administrativo discricionário - Motivação – Caráter subjetivo - Impossibilidade – Presunção de inocência (Art. 5º, inciso LVII, CF) – Inexistência de punição referente a processo disciplinar, por retenção de autos, junto a OAB-BA – Candidato aprovado – Situação fática consolidada - Nomeação.”*
>
> *(STJ, ROMS 11336 – Acórdão – Ministro: Jorge Scartezzini – 19.02.2001)*

No fundo, o que se pretende com a investigação social é aferir se o candidato pode ou não ser havido como pessoa de boa conduta, o que sempre foi um requisito para o ingresso no serviço público, em qualquer cargo, presente em todos os estatutos de servidores públicos.

O problema está em colocar esse exame dos antecedentes do candidato como parte do concurso público de ingresso, pois, tal como o exame psicotécnico, ele não se presta a uma disputa, a uma comparação entre postulantes, da qual possa resultar uma classificação.

Melhor seria realizar tal exame como condição da posse (ou mesmo da nomeação), sendo a profundidade da investigação e a severidade no julgamento proporcionais às responsabilidades inerentes ao cargo em disputa.

Maus antecedentes não se confundem com antecedentes criminais, nem, muito menos, com condenação criminal ou punição administrativa. Reputação ilibada é algo bastante complexo, insuscetível de aferição apenas por meio da exibição de certidões negativas. Uma vida pregressa irregular, tumultuada, inclusive quanto aos aspectos econômico e familiar, o envolvimento em uma pluralidade de ocorrências policiais, a participação como réu em uma pluralidade de ações de improbidade, revelam, no mínimo, uma dificuldade de relacionamento e uma significativa diferença em relação ao que se costuma designar como pessoa de bons antecedentes.

g) provas e títulos

O supra transcrito inciso II, do art. 37, da Constituição Federal, que impõe a obrigatoriedade da realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos, faculta a opção, pelo legislador, entre a realização de concurso somente de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza do cargo ou emprego e a complexidade das correspondentes atribuições.

Na prática, essa possibilidade tem ensejado a ocorrência de desvio de poder, na medida em que a ponderação entre as provas e os títulos e, especialmente, a atribuição de pontos por títulos, pode permitir manipulações que redundam em favorecimentos e perseguições.

Não é incomum a existência de “concursos públicos” nos quais as provas não possuem peso significativo, de tal forma que nelas qualquer candidato será aprovado, deslocando-se a disputa para a avaliação dos títulos, onde sempre é possível dar maior valor a títulos sabidamente ostentados por determinadas pessoas.

Na jurisprudência foi possível encontrar um Acórdão declarando a nulidade de um “concurso público” que, na verdade, se afigurava como um verdadeiro concurso interno de “efetivação”, destinado a “regularizar” a situação de quem já era servidor admitido sem concurso:

"FUNCIONÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL - Concurso público - Anulação - Prova de títulos que considera apenas o tempo de serviço público prestado no município - Inadmissibilidade - Concurso que teve por finalidade efetivar em cargos públicos superiores os funcionários do município - Inobservância dos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, da igualdade e da legalidade - Recurso provido."

(TJSP, Apelação Cível n. 177.932-1 - Bragança Paulista - Relator: Alfredo Migliore - 07.12.92)

É perfeitamente admissível que o tempo de serviço público seja um título valorizado, mas somente se for um entre diversos outros títulos. Também é admissível que o tempo de serviço prestado na própria entidade que realiza o concurso possa ter alguma pontuação, mas não a ponto de resultar em reserva de vaga e desde que não configure desvio de poder; uma forma disfarçada de burlar a isonomia que deve presidir o concurso.

Dado o risco de manipulação dos títulos, entendemos que somente atende ao princípio da isonomia o concurso de provas e títulos no qual as provas sejam dotadas de caráter eliminatório, computando-se os títulos apenas de quem logrou aprovação nas provas.

Em qualquer caso, o rol de títulos a serem considerados e a valorização de cada um deve manter uma correlação com as funções do cargo ou emprego em disputa. Por exemplo, não faz sentido levar em consideração uma titulação universitária para concurso de contínuo, motorista ou mesmo de escriturário. Mas uma formação universitária, na área específica, pode ser considerada no preenchimento de funções de nível médio.

Enfim, nesta questão deve sempre prevalecer o bom-senso, sendo indispensável que, na fase preparatória do concurso, haja uma completa e cabal justificativa para as decisões tomadas com relação aos títulos. Justificativas posteriores nunca passarão de meras desculpas.

IV. CONCLUSÕES

O concurso público está para o provimento de cargos e empregos públicos assim como a licitação está para a seleção de contratantes com a Administração Pública. Em ambos os casos existem um procedimento administrativo específico, vocacionado a produzir um determinado efeito. Na licitação, seleciona-se alguém para uma futura contratação temporária, de um específico fornecimento, prestação de serviço ou execução de obra; no concurso, seleciona-se alguém para uma futura nomeação no regime estatutário ou contratação no regime celetista.

O vencedor da licitação poderá não ser contratado se não comprovar, no momento oportuno, preencher os requisitos para a contratação, como, por exemplo, ter efetuado o depósito da caução correspondente ao contrato, quando isso for exigido.

Da mesma forma, quem é aprovado e classificado num concurso público tem o direito de não ser preterido. Mas cabe à Administração Pública decidir pelo momento da nomeação e, mesmo tendo sido nomeado, cabe ao candidato comprovar o preenchimento dos requisitos para posse do cargo ou emprego público e exercício das funções correspondentes, entre as quais figura a boa conduta e a aprovação em exame de saúde.

Estas verificações não podem ser totalmente subjetivas, insuscetíveis de qualquer controle e sem possibilidade de reexame. Também neste momento deve ser observado o princípio da isonomia, para evitar favorecimentos e perseguições. As decisões devem ser objetivas e devidamente motivadas e fundamentadas, não podendo haver segredo para o interessado.

Diante de qualquer dúvida, seja quanto à interpretação de qualquer norma disciplinadora do concurso, seja quanto ao atendimento de qualquer requisito estabelecido, o norte do intérprete e aplicador da lei sempre deverá ser o princípio da isonomia. A melhor solução sempre será, sem dúvida, aquela mais condizente com o princípio da isonomia.

Diante dos casos concretos, a autoridade competente para decidir terá que levar em consideração as finalidades do certame, as futuras atribuições que deverão ser executadas pelo postulante, aplicando o princípio da legalidade sem rigorismos burocráticos, mas com o tempero da razoabilidade, que é sim, um princípio jurídico, cada vez mais acatado, inclusive pela jurisprudência, especialmente nos Tribunais Superiores.

Merece destaque decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 21.923-5 MG) na qual o Eminente Ministro Relator, HUMBERTO GOMES DE BARROS, afirma estar certo de que **"no estágio atual do Direito Administrativo, o Poder Judiciário não se poderia furtar à declaração de nulidade de absurdos evidentes".**

Absurdo evidente é aquilo que aparece, de pronto, como despropositado, desarrazoado, inverossímil, configurando a ocorrência de desvio de poder, que outra coisa não é senão uma arbitrariedade dissimulada. O mais importante, porém, é evidenciar a postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal ("burocrática", no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos administrativos são produzidos e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem-se valido do princípio da razoabilidade com muita freqüência. Não é o caso de se transcrever tudo, mas, pelo menos, cabe referir alguns Acórdãos cujos respectivos Eminentes Ministros Relatores se fundamentaram precipuamente na razoabilidade: Min.

MARCO AURÉLIO, HC nº 77.003-4-PE, RE nº 211.043-4-SP, RE nº 148.095-5-MS, RE nº 226.461-9-CE, RE nº 192.568-0-PI e Agr. Reg. em RE nº 205.535-2-RS; Min. MOREIRA ALVES, Repr. Nº 1077-RJ (RTJ 112/34); Min. CELSO MELLO, ADIn nº 1158-8-AM; e Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, ADIn nº 855-2-PR e HC nº 76.060-4-SC.

A consagração definitiva do concurso público como instrumento de realização do princípio constitucional da isonomia somente ocorrerá quando o Ministério Público e o Poder Judiciário, com rigor e firmeza, não mais tolerarem subterfúgios de toda ordem utilizados para burlar essa exigência, muito especialmente a vergonhosa e desmedida criação de cargos em comissão, a começar pela proliferação indiscriminada de Ministérios como moeda de troca em acertos políticos.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, abril/mai/junho, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br