

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

VALMOR FERNANDES

**CONCURSOS PÚBLICOS E A EXCLUSÃO POR PROBLEMAS DE
SAÚDE**

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010

VALMOR FERNANDES

**CONCURSOS PÚBLICOS E A EXCLUSÃO POR PROBLEMAS DE
SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof.^a Msc. Clélia Mara Fontanella

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010

VALMOR FERNANDES

CONCURSOS PÚBLICOS E A EXCLUSÃO POR PROBLEMAS DE SAÚDE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Serviço Público.

Criciúma, 10 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Clélia Mara Fontanella Silveira - Mestre - (UNESC) - Orientador

Prof.^a Sheila Martignago Saleh - Mestre - (UNESC)

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior - Especialista - (UNESC)

Aos meus pais, que mesmo não estando mais entre nós me conceberam a vida, à minha esposa e filha por terem participado de cada momento nessa caminhada e, por fim, àquele que me permitiu tudo isso e que ao longo de toda a minha vida, não somente neste momento, esteve sempre comigo: a você meu DEUS, obrigado, e reconheço cada vez mais que você é o maior mestre que uma pessoa pode ter na vida!

AGRADECIMENTOS

À Câmara Municipal de Criciúma, por ter proporcionado a mim a condição de ter feito este curso.

A todos os Mestres da UNESC pela dedicação diária em repassar a mim os seus conhecimentos.

Ao Vereador Edison do Nascimento (Edinho do Sindicato), por ter dado a mim a oportunidade de dar continuidade em meu curso.

A minha orientadora, Clélia Mara Fontanella, pelo apoio constante e por sua dedicação ao Curso de Direito e ao Centro de Práticas Jurídicas da UNESC.

Aos meus colegas que fizeram parte do meu dia a dia na universidade, e que certamente permanecerão eternamente em minhas lembranças.

Existe uma Constituição mundial que é a carta dos Direitos do Homem. Ela protege o cidadão contra o poder do Estado, define os direitos fundamentais das pessoas e consagra a democracia como o regime ideal. As civilizações dialogam entre si. Há países que não têm Constituição. Usam em seu lugar livros religiosos. É bom que haja uma Constituição dos homens, mas a Constituição não é uma Bíblia, assim como a Bíblia não pode servir de Constituição para povo algum.

J.J. Gomes Canotilho

RESUMO

O preenchimento de cargos e empregos públicos, no Brasil, exige a realização de concursos públicos de provas ou de provas e títulos, por dispositivo constitucional. Tal exigência adequa-se, por sua vez, a princípios também previstos constitucionalmente, como da moralidade administrativa e da igualdade, conferindo a todos iguais condições de ingresso na Administração Pública. Há, no entanto, a possibilidade de exigências relacionadas à saúde física e mental dos candidatos, possibilidade esta que vem sendo utilizada pelos órgãos públicos quando da realização de concursos, mas, da mesma forma, vem sendo questionada quando da sua aplicação a casos concretos, em que as pessoas são excluídas do certame em função de problemas de saúde. O objetivo deste estudo, portanto, é justamente o de analisar a aplicação destas restrições, por parte da Administração Pública, frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além dos princípios da própria Administração, como da isonomia, moralidade e legalidade, verificando, por fim, a constitucionalidade desta prática. O método aplicado é o indutivo, desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização de legislação e jurisprudência pátrias, assim como entrevista. Inicialmente, são abordados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, além dos princípios da Administração Pública. Em segundo momento, são realizados os apontamentos referentes às pessoas que fazem a Administração Pública, com um breve levantamento acerca dos cargos, empregos e funções públicas, culminando com a indicação dos casos em que é exigido o concurso público. Finalmente, a partir da indicação de um caso concreto ocorrido no próprio Município de Criciúma, além de casos que chegaram aos Tribunais Estaduais de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, é verificada a forma como atualmente a questão é vista no meio jurídico, em seus aspectos favoráveis e contrários à imposição da restrição relacionada à saúde física e mental dos candidatos aos cargos e empregos públicos.

Palavras-chave: Concurso Público. Exclusão. Dignidade. Igualdade. Saúde. Discriminação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 ACESSO AO CARGO E EMPREGO PÚBLICO E SUA CORRELAÇÃO COM O CONCURSO PÚBLICO.....	10
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	10
2.2 Princípio da igualdade.....	15
2.3. Princípios constitucionais da administração pública.....	19
2.3.1 Princípio da legalidade.....	19
2.3.2 Princípio da impessoalidade.....	20
2.3.3 Princípio da moralidade.....	22
2.3.4 Princípio da publicidade.....	23
2.3.5 Princípio da eficiência.....	24
3 ACESSO A CARGOS PÚBLICOS E EMPREGOS EM ENTIDADES PÚBLICAS.....	27
3.1 Agentes públicos.....	27
3.2 Concurso público.....	34
4 A DISCRIMINAÇÃO NO CONCURSO PÚBLICO: TEORIA E PRÁTICA.....	39
4.1 Discriminação na administração pública: experiências vivenciadas.....	40
4.2 Discriminação na administração pública e o posicionamento dos tribunais.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	51
ANEXO I.....	54

1 INTRODUÇÃO

A realização de concursos públicos de provas ou de provas e títulos é exigência constitucional, no Brasil, para o preenchimento de cargos e empregos públicos, seja em regime estatutário ou celetista, estejam estes vinculados à Administração Pública direta ou indireta. Assim, a seleção do pessoal que irá ocupar os cargos e empregos da Administração Pública direta na União, no Distrito Federal, nos Estados e Municípios, assim como nas Fundações, Autarquias ou Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, também nas três esferas, somente poderá ser feita através da aplicação do concurso público.

Esta exigência vem atender, inicialmente, a princípios que balizam e norteiam não somente o Direito Administrativo, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, eficiência e impessoabilidade, os quais serão abordados no primeiro capítulo, juntamente com os princípios específicos do direito administrativo.

Vinculado ao sentido de não admitir o preconceito, então, é possível apontar o princípio da dignidade da pessoa humana, também norteador de todas as normas e atos praticados pelo Estado Brasileiro, como de observância também estritamente necessária quando da contratação de pessoal pela Administração Pública.

O princípio da igualdade deve ser observado e estar presente em todas as normas nacionais e atos praticados pelo Estado Brasileiro, e a realização do concurso público visa justamente oferecer igualdade de condições, a todos os cidadãos, para o preenchimento dos cargos e empregos públicos. A partir da aplicação da mesma prova e dos mesmos critérios para a admissão de candidato, exclui-se qualquer possibilidade de contratação por apadrinhamento ou, ao contrário, não contratação por preconceito, esteja este relacionado à idade, ao sexo, à cor, ao estado civil, ou a qualquer outro aspecto pessoal.

Além destes há, conforme mencionado, princípios relacionados especificamente à Administração Pública brasileira e que vinculam, da mesma forma, a realização dos concursos públicos para o preenchimento de cargos e empregos

públicos, como o princípio da moralidade administrativa e da isonomia, a serem brevemente analisados neste estudo.

Apesar da clareza dos princípios norteadores e das normas relacionadas aos concursos públicos, as quais serão abordadas no segundo capítulo, no entanto, na prática algumas questões surgem e tornam-se contraditórias, geram opiniões divergentes e merecem, portanto, análises mais aprofundadas.

É o caso da não contratação de candidatos que, apesar de aprovados, apresentam características específicas ou problemas de saúde que não são aceitos pela administração que os nomearia. Tema central deste estudo, esta será a questão aprofundada no terceiro capítulo.

Em alguns casos, a exigência relacionada à saúde e/ou às características físicas dos candidatos constam do próprio edital de abertura dos concursos; em outros, mesmo sem a previsão editalícia, candidatos são excluídos em virtude das mesmas situações.

A própria Constituição Federal prevê a possibilidade da imposição de restrições quando esta for necessária ao exercício da função pública, mas os limites e critérios relacionados a esta possibilidade ainda são muito discutidos, conforme se verá no desenvolver deste trabalho.

2 ACESSO AO CARGO E EMPREGO PÚBLICO E SUA COPRRELAÇÃO COM O CONCURSO PÚBLICO

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Desde os primórdios da humanidade, o homem vem passando por profundas transformações, em busca de sua socialização, iniciando na época das cavernas até os tempos atuais em meio à globalização, aonde ele vem acompanhando o reconhecimento gradativo de seus direitos.

Ávido em ser tratado além de uma mera coisa, procurou imprimir princípios garantidores de seu intento, em alguns momentos lutando pela igualdade de situações, noutros, fazendo com que a sua vida pudesse desenvolver-se da forma mais digna possível, através de movimentos sociais que ensejaram a positivação dos direitos humanos, tais como a igualdade e a dignidade, além de outros direitos desta última decorrentes.

A dignidade da pessoa humana é de tal importância e amplitude que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, aponta-a como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, já nas primeiras palavras: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”.

A simples leitura do texto acima, considerando-se o extraordinário valor desta carta na história da humanidade, principalmente no que diz respeito à conquista de direitos, demonstra claramente ser imprescindível a observância do princípio da dignidade da pessoa humana como base para que seja possível a vida em sociedade.

Pode-se dizer que a dignidade seja, portanto, a base para todos os demais direitos humanos; nas palavras de Alexandre de Moraes (2008, p. 21), a dignidade da pessoa humana traz unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às

personalidades humanas.

Adotando a terminologia de Miguel Reale (2002), pode-se dizer que, historicamente, foram três as concepções de dignidade: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

O individualismo, como o próprio termo sugere, parte do indivíduo, vinculando-se ao liberalismo burguês. Em poucas palavras, entende-se que se cada homem cuidar de seus interesses estarão protegidos, automaticamente, todos os interesses coletivos. Os direitos fundamentais, dentro deste conceito, visam à proteção do indivíduo contra a atuação do Estado, sendo direitos inatos e anteriores a ele. (REALE, 2002, p. 277).

O transpersonalismo pode ser visto como o contrário do individualismo, já que são os direitos do coletivo que prevalecem ante o direito individual; entende-se que realizando o bem coletivo se estará protegendo e realizando, da mesma forma, o direito individual. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo (SANTOS, 1999, p. 03). Esta conceituação vincula-se às concepções socialistas ou coletivistas, dentre as quais se destaca a marxista. (REALE, 2002, p. 277).

A concepção personalista nega as duas anteriores, não colocando, em princípio, o indivíduo acima do Estado ou este acima do indivíduo. Nega, portanto, a harmonia natural entre os interesses individuais e coletivos, defendendo que a preponderância de um ou outro deve ser buscada caso a caso. (REALE, 2002, p. 277).

Entende-se, no entanto, que o valor da pessoa humana é absoluto, não podendo ser ferido ou negado por motivo algum; é o valor básico, absoluto: a dignidade da pessoa humana, da qual derivam todos os demais direitos fundamentais.

No que concerne ao tratamento conferido ao referido princípio no Brasil, este se insere como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Sua posição no texto constitucional demonstra, por si só, a importância dada pelo Poder Constituinte ao princípio em questão (BRASIL, 1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;

- II - a cidadania;
- III - **a dignidade da pessoa humana;**
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental, portanto, o legislador constituinte de 1988 colocou-a no ápice da hermenêutica constitucional, catalogando ainda uma gama de direitos e garantias fundamentais, de forma não taxativa, dentre os quais se situa como primícia a igualdade, baseados no intuito maior de respeitar a dignidade. O significado desta previsão constitucional pode ser percebido a partir das palavras de Sarlet:

Consagrando, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art.1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. (SARLET, 2001, p. 68).

Na mesma direção, podemos citar também doutrina de J. J. Gomes Canotilho que, ao analisar uma República cujo vértice é a dignidade da pessoa humana, como também o é a brasileira, assim afirmou:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do 'homo noumenom', ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de 'homo noumenom' justificará a conformação constitucional da República portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24º) e a prisão perpétua (artigo 30º/1). (2003, p. 225).

Verifica-se, portanto, que a previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento de um Estado vincula a uma prática em que os poderes públicos existem e funcionam para a sociedade, para o indivíduo, não o contrário.

Esta foi a primeira vez, aliás, em que o capítulo dos direitos fundamentais foi disposto antes do capítulo relacionado à organização do Estado, reforçando este entendimento. Tal afirmativa, no entanto, poderia levar ao entendimento de que o Estado Brasileiro tenha adotado a concepção individualista, o que não é correto; na

verdade, a concepção adotada é a personalista, em que direitos individuais e coletivos devem estar equilibrados e serem estudados caso a caso, nas situações de conflito. Há, no entanto, o mínimo invulnerável, que é como já mencionado, o valor básico da pessoa humana, que não pode ser mitigado, qual seja, a dignidade. Assim, nas palavras de Santos: “a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental.” (2001, p. 09).

Esta normatização da dignidade da pessoa humana vincula não apenas o Estado, mas também os particulares. Em busca da eficácia deste princípio, então, luta-se constante e historicamente contra os preconceitos há séculos enraizados nas nossas sociedades, na maioria vinculados a questões físicas e biológicas.

Constitui elemento essencial para a completa compreensão dos direitos humanos a reflexão acerca da dignidade da pessoa humana e seu significado, bem como sobre o respeito à igualdade daí advinda, sendo esta última em seus sentidos sócio-político e existencial. A dignidade da pessoa humana é a própria razão de ser dos direitos humanos.

Nessa linha, disserta Ingo Sarlet: (2001, p. 26).

Passando a centrar a nossa atenção na dignidade da pessoa humana, desde logo há de se destacar que a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo. Tal ocorre mesmo nas ordens constitucionais onde a dignidade ainda não tenha sido expressamente reconhecida no direito positivo e até mesmo – e lamentavelmente não são poucos os exemplos que poderiam ser citados – onde tal reconhecimento virtualmente se encontra limitado à previsão no texto constitucional, já que, forçoso admiti-lo – especialmente entre nós – que o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na práxis ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos.

Entende-se, portanto, e a prática não nos permitiria colocar de forma diversa, que mesmo a previsão constitucional, apesar de extremamente relevante e significativa, não é garantia, sequer, de que o ordenamento jurídico imediatamente inferior a ela vá desenvolver-se de forma associada, visando dar efetividade ao princípio. Menos ainda é garantia de que, na prática, no dia a dia dos povos, a dignidade da pessoa humana, ao menos ela, como base, seja garantida.

Sob outro aspecto relacionado ao tema, Fábio Konder Comparato assinala que:

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. (COMPARATO, 1999, p. 20).

Não é de se admirar que a dignidade sirva de fundamento principal da existência dos direitos humanos, na medida em que é um atributo específico do homem, enquanto ser, dotado de razão e sentimentos, não se fazendo presente nos demais seres vivos, que agem através de instintos e sem qualquer movimento intelectual.

Para melhor esclarecer o que se entende por dignidade, cumpre-nos registrar o consciente magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, que, após analisar as perspectivas ontológica e instrumental do princípio, apresentou o seguinte conceito jurídico:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2001, p. 60).

O princípio da dignidade da pessoa humana, como base e fundamento dos demais direitos e garantias fundamentais e do próprio Estado, portanto, deve ser observado e aplicado de forma a garantir que o individual e o coletivo estejam protegidos e equilibrados; para tanto, considera-se a necessidade de vinculação a outras normas e princípios, inclusive, conforme a situação a ser analisada. No presente estudo, em que se verifica o tratamento dado às pessoas no anseio de fazer parte da administração pública, é imprescindível referir-se também à igualdade, na medida em que esta gera aquela, pois se assegurando um tratamento igualitário entre os homens, assegura-se o respeito às suas dignidades.

2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais, impondo-se, portanto, como norma superior às demais, no sentido de que deve ser observada não apenas quando da aplicação do direito, mas desde sua criação e edição.

Define-se a igualdade ou isonomia como um bem jurídico inalienável, imprescritível e tem como fim o tratamento igualitário de um indivíduo, seja na coletividade, na etnia perante um Estado, na Organização Privada ou Internacional e também diante dos outros indivíduos. Entretanto, é salutar perquirir o verdadeiro sentido da igualdade, pois o que se almeja é um tratamento igualitário que vá além daquela forma liberal que embasou a Velha Hermenêutica Constitucional.

Dentro desse prisma, assegurado tal princípio, alias, não apenas na nossa Constituição, mas também em normas internacionais, o mesmo esbarra na realidade de que, apesar de todos os seres humanos serem iguais em dignidade, cada um é um ente único, diferente dos demais e insubstituível no mundo.

Contudo, não se pode valorizar mais um do que o outro com fundamento em suas desigualdades, pois todos têm direito à diferença, e esta deve ser tolerada para que se garanta tratamento igualitário; aí reside o grande desafio da humanidade para que sejam evitados atos discriminatórios há anos arraigados na cultura de todos os povos.

Mas em que consiste a igualdade? Há que se falar, conforme ensinamento abaixo apresentado, em igualdade na lei e igualdade perante a lei. A igualdade perante a lei ocorre na aplicação da isonomia, que é dirigida ao intérprete, normalmente uma autoridade pública, quando devem ser reconhecidos os direitos a todas as pessoas de maneira igualitária. Aliás, sobre esta direção dúplice da isonomia, são sempre válidas de registro as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, senão vejamos:

Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a

própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (2003, p. 9).

É válido se mencionar, também, os ensinamentos de Alexandre de Moraes, no mesmo sentido:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (2006. p. 32).

O que se verifica, portanto, é que o princípio da igualdade deverá ser observado tanto na criação quanto na aplicação das leis, não sendo permitida qualquer diferenciação entre as pessoas em nenhuma destas etapas. Imagina-se, neste ponto, que o cuidado na edição e aplicação de normas para que todas sejam iguais para todos seja suficiente para colocar em prática o princípio mencionado, o que não é verdade.

Ocorre que o princípio da igualdade não se resume à legalidade, ao contrário, seu objetivo é o de atingir a igualdade real, material, poder-se-ia dizer.

Assim, o princípio da igualdade não pode ser visto de forma tão simplista; não podemos conceber que, tendo se positivado o princípio da igualdade em nossa Constituição, e tendo sua observância na edição de leis infraconstitucionais (o que nem sempre acontece), todas as pessoas passaram a ser iguais, na realidade. Ao contrário, há uma enorme diferença entre a igualdade formal e a igualdade material.

Quando se diz que todos são iguais perante a lei não está se afirmando que todos são iguais de fato, na realidade; se está dizendo, ao contrário, que a lei será aplicada a todos de maneira uniforme, igualitária.

Desta forma, ao contrário do que se possa propor, o princípio da igualdade não impede que a própria lei possa propor um tratamento desigual, desde que com vistas à igualdade material. Neste sentido a afirmativa de Robert Alexy (apud, BONAVIDES, 2004, p.378): “[...] quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica”.

Aliás, a própria Constituição Federal tratou de prever uma proteção especial a determinados grupos, como os índios (Art. 231 e 232), a mulher (Art. 201, §7º, I) e a

pessoa com deficiência (art. 37, VIII). Segundo Araújo:

Não se está a dizer que tal proteção não seja justificada. Estamos afirmando que há casos de proteção distinta, necessária à recomposição de natural desigualdade, quer decorrente da situação física (mulher), quer decorrente de um longo processo de exclusão (como no caso dos índios), quer, por fim, em decorrência de uma situação de incapacidade resultante da infância e adolescência. O sistema, portanto, tratou de proteger determinados grupos para que, assim agindo, equiparasse ou, ao menos, tentasse diminuir as diferenças desses grupos com os demais. (1994, p. 208).

Para melhor esclarecer a questão, é válido citar os exemplos apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

Suponha-se hipotético concurso público para seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra. É óbvio que os indivíduos de raça branca não poderão concorrer a este certame. E nenhum agravo existirá ao princípio da isonomia na exclusão de pessoas de outras raças que não a negra. A pesquisa proposta, perfeitamente válida, justificaria a diferenciação estipulada. Pode-se, ainda, supor que grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos públicos de enfermeiro, naquela área, os indivíduos pertencentes à raça refratária à contração da doença que se queira debelar. É óbvio, do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a lei magna desejou prestigiar. Assim, também, nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – a concursos para preenchimento de cargos de 'polícia feminina'. (aspas no original). (2003, p. 9).

É válido também ressaltar o caminho que vem sendo trilhado pela jurisprudência pátria, conforme bem exemplificam as seguintes ementas:

O princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas (STF – 2ª T. – Ag. Instr. Nº 207.130-1/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3 abr.1998, p.45). Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 26/10/2010.

Não ofende a qualquer princípio jurídico ou postulado de igualdade o ato judicial que autoriza o candidato, com pequena disfunção motora, a executar a prova de datilografia em máquina elétrica (STJ – 6ª T. – RMS nº 5.121 – 0/BA – Rel. Min. William Patterson, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 1996. Ementário STJ, nº. 15/516). Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 26/10/2010.

Verifica-se, portanto, a presença de requisitos para se evitar que a discriminação seja arbitrária e fortuita, quais sejam, que a peculiaridade diferencial utilizada tenha uma vinculação lógica com a desigualdade de tratamento que se queira aplicar e, por fim, a observância referente à concordância com os valores constitucionais.

Esta concordância encontra-se presente quando a correlação racional entre o fator de discriminação que serviu de suporte para tratamentos diferenciados esteja amparada constitucionalmente, fundada em bem jurídico valioso na Carta Constitucional.

Assim, também, não se conceberia que uma Empresa Pública favorecesse a admissão de concursandos que gozassem de plena saúde, em detrimento de outros que possuem qualquer problema de saúde para, assim, assegurar maior eficiência, sob o argumento de que os primeiros não trarão qualquer problema de ordem funcional por serem saudáveis, ocasionalmente tendo desempenho superior aos demais, inclusive de ordem econômica para os cofres públicos; tal atitude afrontaria o art. 19, III, da CRFB/88, que veda a distinção entre brasileiros, representando, portanto, sacrifício de direitos individuais insustentável para se tolerar o que se denomina discriminação. (MELLO, 2003, p. 09 e 10)

Esta linha que separa a discriminação positiva, tolerável pelo próprio conceito de igualdade constante do princípio constitucional, e a discriminação negativa, pura e intolerável, é que deve ser observada nas atitudes tomadas, principalmente, pelo próprio Estado, na seleção dos trabalhadores que irão ocupar os seus quadros. Para tanto, verifica-se imprescindível, da mesma forma, uma breve análise dos princípios constitucionais relacionados à própria administração, no sentido de estabelecerem-se as vinculações necessárias ao estudo do tema proposto.

2.3 Princípios constitucionais da administração pública

Existe certa divergência doutrinária quando se trata de princípios da administração pública, ou do direito administrativo; apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil apontar expressamente cinco princípios relacionados ao poder público, alguns autores apontam outros como sendo também constitucionais, não expressos, mas intrínsecos ao texto, e ainda alguns infraconstitucionais. Com o objetivo de traçar, aqui, as linhas gerais que norteiam a gestão da coisa pública no Brasil, nos

três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e nas três esferas: união, estados e municípios, serão abordados os princípios expressamente previstos na Constituição, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência (art. 37).

Segundo Di Pietro:

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a administração pública direta e indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-98) (2005, p.81).

Iniciemos, então, com a explicação doutrinária do princípio da legalidade.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade impõe-se de formas diversas para a administração pública e para os particulares: enquanto a este é permitido fazer tudo o que a lei não proíba, para aquele só é permitido fazer o que estiver expressamente previsto em lei.

Nas palavras de Meirelles:

Na administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'dever fazer assim'. (2005, p. 88).

Verifica-se, portanto, uma necessária obediência à lei, com a vinculação de todos os atos administrativos à autorização legal.

Esta obediência, no entanto, não se vincula apenas aos textos legais propriamente ditos, estendendo-se, ainda, aos fundamentos e princípios do Estado Brasileiro.

Assim esclarece Medauar (2010, p.127):

A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput*, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.

Há que se considerar, no entanto, que o administrador não é apenas um agente passivo, que apenas aplica a lei ao caso concreto, conforme previsões expressas. Não se pode esquecer que há o poder discricionário do administrador público, um espaço de liberdade de iniciativa, dentro da legalidade. (MORAES, 2007, p. 82).

Assim, deve a autoridade pública ater-se às disposições legais na realização de todos os seus atos, utilizando-se do poder discricionário tão somente quando a própria lei o permitir, ou seja, quando ela abrir este espaço de livre atuação. Assim também será na aplicação dos concursos públicos para o preenchimento de cargos e empregos, conforme se verá quando da apresentação das normas específicas vinculadas ao tema.

Por discricionário é aquele que há liberdade de ação administrativa do administrador perante o ente público, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito. É, portanto um poder que o direito concede ao administrador público, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei, pois estes critérios não estão definidos em lei.

2.3.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade indica, inicialmente, que o administrador não age em nome próprio, mas em nome da administração; é também chamado, por alguns autores, de princípio da finalidade. Assim conceitua 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*. (2005, p.92)

Vinculando-se o princípio da impessoalidade com a finalidade, a partir do ensinamento de Meirelles, tem-se que a finalidade do ato público sempre estará no interesse público. Assim, em obediência ao princípio ora mencionado, o administrador público deverá observar sempre, além da legalidade do ato, se o mesmo está sendo praticado no interesse da população, ou seja, com vistas ao interesse público.

É importante observar, ainda, que o princípio da impessoalidade, sob outro aspecto, que não o do fim público, nega também a promoção pessoal dos agentes com base nos atos praticados.

Isso demonstra que há duplo sentido no princípio ora estudado, o que traz, inclusive, divergência entre doutrinadores com relação ao seu conceito. De um lado, o princípio refere-se à impessoalidade do administrador frente à administração pública, no sentido de que é o órgão quem pratica o ato, não o administrador; de outro lado, refere-se à impessoalidade da administração frente aos administrados, vinculando os atos à finalidade do interesse público, portanto não pessoal.

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. [...] No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordilho que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. (DI PIETRO, 2005, p. 71)

Assim, verifica-se que o princípio da impessoalidade controla os atos praticados pela administração tanto com relação à sua finalidade, que deve visar o interesse público e não pessoal, bem como, poder-se-ia dizer, a propaganda no que diz respeito às realizações da administração pública.

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p.129), o princípio da impessoalidade correlaciona-se, ainda, profundamente com os princípios da moralidade e da publicidade, havendo, como objetivo de ambos, o intuito de impedir que fatores pessoais sejam visados na administração.

2.3.3 Princípio da Moralidade

Este é um princípio de difícil conceituação, de acordo com os doutrinadores, tendo em vista o juízo de valor em relação às verdadeiras finalidades da administração, inerente a ele.

Vincula os atos da administração não apenas à legalidade, mas à ética, à razoabilidade e à justiça. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2007, p.84):

Pelo princípio da moralidade administrativa, de difícil conceituação doutrinária, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade; deverá ele, no exercício da sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

O desrespeito ao princípio da moralidade, por sua vez, remete à prática de improbidade administrativa, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, cujas sanções estão ali também previstas. Assim, o próprio Judiciário, ao analisar os atos da Administração, deve observar não apenas o cumprimento da legalidade, mas também o cumprimento da moralidade, ou seja, cabe ao Judiciário a função de interpretar a lei de forma concisa para cada ato, tornando-o nulo.

Tal a importância da fiscalização com relação a este princípio que a própria Constituição previu, também, a possibilidade de impetração de Ação Popular contra atos que ofendam a moralidade, ressalta-se, ação esta que pode ser movida pelo próprio cidadão.

A Constituição de 1988, além de mencionar a moralidade como um dos princípios da Administração, aponta instrumentos para sancionar sua observância.

Um deles é a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão (no sentido de detentor de direitos políticos) para anular ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5., LXXIII).

É importante ressaltar, ainda, que o princípio da moralidade administrativa também deve ser observado pelo particular que tenha relação com a administração, como contratos e/ou participação em processos licitatórios, posto que este se submete aos mesmos princípios e regras vinculadas ao interesse público. Di Pietro esclarece que: “Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido

princípio. (2005, p. 93).”

Assim, nas palavras de Meirelles, o administrador que observa e aplica, na prática, o princípio da moralidade, pode ser chamado de bom administrador:

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, *nos seus efeitos*. (2005, p.90).

Assim, conforme exposto, além das normas legais, o administrador público, para ser considerado um bom administrador, deve também agir em acordo com o princípio da moralidade, ou seja, de acordo com o que, na moral comum, seria o correto a fazer na gestão da coisa pública. Vinculado, da mesma forma, à ideia de boa gestão pública, está o princípio da publicidade, a ser abordado a seguir.

2.3.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está intimamente ligado à democracia, tanto que sua ideia tomou força, no Brasil, justamente no período de democratização do país, quando se buscava acabar com o sigilo na gestão da coisa pública e, portanto, garantir a publicidade dos atos e documentos públicos.

O tema da *transparência* ou *visibilidade*, também tratado como *publicidade* da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa. A partir da década de 50, acentuando-se nos anos 70, surge o empenho em alterar a tradição do “segredo” predominante na atividade administrativa. A prevalência do “segredo” na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado. (MEDAUAR, 2010, p. 132).

A Constituição de 1988, portanto, enquanto Constituição democrática, adotou o princípio da publicidade, como não poderia deixar de ser, prevendo no capítulo dos direitos fundamentais o direito à informação (Art. 5., XXXIII).

Este direito à informação é um direito de qualquer cidadão e refere-se tanto a informações pessoais quanto de interesse geral da população. As únicas exceções possíveis, neste caso, estão previstas no próprio texto constitucional, e relacionam-se ao sigilo imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado e à intimidade das

pessoas.

Alexandre de Moraes (2007, p.87), no entanto, entende que o princípio da publicidade pode ser excepcionado tendo em vista o interesse público: “A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo este em detrimento do princípio da publicidade[...]”.

Há que se considerar, obviamente, que a própria exceção prevista constitucionalmente relacione-se ao interesse público, mas a simples imposição deste como contrário à publicidade dos atos da administração poderia mitigar a aplicação de tal princípio, principalmente porque o conceito de “interesse público” é um tanto subjetivo, relativo, podendo sofrer alterações caso a caso.

Meirelles, por sua vez, reforça o entendimento de que as exceções ao princípio da publicidade são apenas e tão somente aquelas expressamente previstas:

Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a administração que o realiza, só se admitindo *sigilo* nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado *sigiloso* nos termos da Lei 8.159, de 8.1.91, e pelo Dec. 2.134, de 24.1.97 (2005, p. 94).

O mesmo autor conceitua o princípio em questão, demonstrando a sua importância para os atos da administração pública:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.
A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito, de eficácia e moralidade. (MEIRELLES, 2005, p.94).

Verifica-se, portanto, a importância do princípio da publicidade para que, vinculado aos demais, seja garantida uma boa administração na gestão pública, vedando ao administrador promoção pessoal frente o ente público. A abertura que é garantida para que a população tenha acesso aos atos praticados pela administração pública é indispensável para que haja fiscalização destes mesmos atos e, conseqüentemente, o cuidado, por parte dos próprios gestores, com o que irão realizar. Apresentando-se, então, como mais um pilar a garantir a boa gestão, está o princípio da eficiência.

2.3.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência vem exigir da administração, além da observância da legalidade e moralidade, conforme já demonstrado, também um agir rápido e adequado aos problemas apresentados pela sociedade, a qual, aliás, movimenta-se de forma cada vez mais dinâmica, exigindo o mesmo nas respostas prestadas pelos gestores públicos.

O referido princípio foi adotado a partir da Emenda Constitucional 19/98, a qual o acrescentou ao *caput* do artigo 37. Tal princípio norteia toda a atuação da administração e, como o próprio termo sugere, refere-se ao agir da administração, de modo rápido e preciso, produzindo resultados que satisfaçam as necessidades da população (MEDAUAR, 2010, p. 133).

No entendimento de Di Pietro, o princípio da eficiência apresenta-se em dois aspectos. Mais amplamente, diz respeito à organização da administração pública como um todo, sua estruturação e, inclusive, suas finanças. De forma mais restrita, aliada ao caso concreto, exige do agente público, diretamente, o melhor desempenho possível no desenvolvimento de suas atribuições. Ambos os casos visam, evidentemente, a busca de resultados cada vez melhores para a população. Nas palavras da autora:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível 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 (2005, p.98).

É certo que a eficiência é não apenas exigência constitucional, mas também expectativa da população que depende do Poder Público para as mais diversas questões da vida; no entanto, esta eficiência não pode sobrepor-se aos demais princípios, principalmente, como alguns chegam a suscitar, ao da legalidade. Di Pietro ressalta que: “[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de

Direito”. (2005, p. 99).

Meirelles ainda levanta a aplicação do princípio ao Judiciário; segundo o autor, a eficiência passou a ser um direito do cidadão a partir da Emenda Constitucional 45/2004, tendo em vista a garantia conferida a este de um processo célere, com duração razoável, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º.

Logo, a duração do processo que não se revelar razoável afronta esse direito constitucional, ensejando a apuração da responsabilidade do servidor que lhe deu causa. E mais: diante do fato de a norma em foco assegurar também os **meios** que garantam tal celeridade, no nosso entender, o administrado ou interessado poderá buscar a via judicial e obter ordem judicial que lhe assegure a celeridade razoável do processo (MEIRELLES, 2005, p. 97).

Assim, pode-se dizer que o mais moderno princípio da administração pública diga respeito justamente aos maiores ensejos da população, que requer resultados na gestão da coisa pública, com respeito à legislação e respostas rápidas e, segundo o próprio termo, eficientes.

A vinculação de todos estes princípios, tanto aqueles relacionados à pessoa humana, quanto estes, relacionados à administração pública, ou seja, ao exercício da gestão pública, são importantes para o estudo em questão, tendo em vista justamente serem regras gerais, aplicáveis a todo e qualquer relacionamento entre cidadão e Estado.

O processo que leva um cidadão a fazer parte da organização do Estado, então, está diretamente atrelado às regras aqui expostas, possuindo, poder-se-ia dizer, dentro desta rede de princípios e fundamentos, normas específicas a serem aplicadas ao caso concreto. Ocorre que, muitas vezes, observa-se as normas específicas, positivadas e literalmente relacionadas ao caso em questão e esquece-se facilmente das normas gerais que fundamentam a organização do Estado e a própria organização social como a temos atualmente.

Por isso é tão importante, e nunca exagero, abordar tais princípios, antes de adentrarmos às especificidades do acesso ao cargo público.

3 INGRESSO NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

3.1 Agentes Públicos

O Estado Brasileiro movimenta-se por intermédio das pessoas que o compõe. Assim, todos os atos da administração, a gestão da coisa pública, de forma geral, se dá por intermédio das pessoas físicas que são investidas de poderes para tanto. Nas palavras de Medauar:

As atividades da Administração, seus poderes, atos, a gestão de seus bens se operacionalizam pelo trabalho dos servidores públicos, ou seja, pelas pessoas que mantém vínculo de trabalho com a Administração, o chamado *pessoal* da Administração. Cabe aos servidores, primordialmente, fazer a Administração funcionar. (2010, p. 270)

Há, no entanto, certa divergência em relação à nomenclatura adotada na referência a estas pessoas que compõe a Administração Pública. No texto de Medauar acima mencionado, a autora refere-se, como se pode observar, aos servidores da administração. Trata-se, portanto, de um conceito amplo relacionado a todas as pessoas físicas que participam da gestão da coisa pública, em que estas são apontadas como servidoras.

A mesma, no entanto, em outro momento ressalta o fato de que há certa confusão no que diz respeito à terminologia: “Na linguagem técnico-jurídica reina confusão, parecendo difícil fixar com nitidez o sentido das diversas expressões existentes.” (MEDAUAR, 2010, p. 272).

O que se verifica é que, diferentemente do exposto no conceito acima, a maioria dos doutrinadores utiliza-se do termo "agentes públicos" para referir-se a todos os que, de alguma forma, trabalham para a Administração; ou seja, de maneira geral, toda e qualquer pessoa que tenha participação na administração pública poderia ser chamada de agente público. Assim conceitua Censo Antônio Bandeira de Mello:

Esta expressão - *agentes públicos* - é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um

agente público. Por isso, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em qualquer das esferas) como senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos. (2005, p. 226 e 227).

Di Pietro, referindo-se, da mesma forma, à confusão que existe na própria legislação que trata da questão no que se refere à nomenclatura a ser adotada, ressalta a necessidade de adoção de um vocábulo de sentido amplo o suficiente para designar todas as pessoas que exerçam função pública, com ou sem vínculo empregatício. Este vocábulo seria justamente "agente público", o qual é pela autora também conceituado: "Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta." (2005, p. 443). Verifica-se, portanto, estreita vinculação com o conceito apresentado por Mello, anteriormente transcrito.

Cabe mencionar, ainda, o conceito de agente público apresentado pela Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992, que *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*, em seu artigo 2º:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O "artigo anterior" mencionado, por sua vez, trata da "administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual" (Lei nº 8429/92, art. 1º).

Ou seja, trata-se de termo extremamente abrangente, que vincula toda a pessoa física que, de alguma forma, exerça função pública, independentemente do vínculo que esta possua com a Administração Pública.

Dentro deste conceito, há, então, a divisão, ou classificação, poder-se-ia

chamar, que especifica as diferenças entre os tipos de agentes públicos, de acordo com o vínculo que possuam com a Administração e o tipo de atividade desenvolvida. Os doutrinadores, de maneira geral, concordam em dividir os agentes públicos em três categorias, quais sejam: agentes políticos, servidores e colaboradores:

Os agentes públicos podem ser divididos em três grandes grupos, dentro dos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. A saber: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. (MELLO, 2005, p. 229).

Isaias Fonseca Moraes corrobora:

Agente público *lato sensu* é qualquer pessoa física que exerce atividade pública ou presta serviço público, independentemente de remuneração ou da sua fonte remuneratória, em caráter transitório ou definitivo, divididos nas seguintes categorias: a) agente político; b) servidor público; e c) colaborador. (2008, p. 148).

Di Pietro, no entanto, acrescenta uma categoria as três acima mencionadas, qual seja, a dos militares:

Cabe aqui uma referência aos militares. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eles eram tratados como 'servidores militares'. A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma categoria de agente público, ou seja, a dos militares. (2005, p. 443).

No que diz respeito à conceituação de cada uma das categorias apresentadas, há também certa divergência entre os doutrinadores.

Na categoria de agentes políticos são enquadrados, no conceito mais restrito, aqueles que detêm efetivamente o poder e manifestam a vontade do Estado.

Exemplo de quem adota este conceito é Censo Antônio Bandeira de Mello:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores. (2005, p. 229 e 230).

O entendimento mais abrangente de agente político inclui, além dos apontados por Mello, outros que, apesar de manterem vínculo de natureza profissional com o Estado, estariam exercendo atividade política porque, da mesma forma, manifestam também a vontade do Estado; assim explica Moraes:

[...] há agentes políticos que mantêm vínculo de natureza profissional com o Estado e exercem atividade política *stricto sensu*, como os magistrados, os membros do Ministério Público, os membros da Defensoria Pública e os Procuradores Judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando atuarem em juízo. Tais servidores são agentes políticos por exercerem suas competência com total autonomia funcional e, como tal, falam em nome do Estado. (2008, p. 149).

Em se tratando de servidores públicos, esses são conceituados, basicamente, como "[...] aqueles que exercem função pública de natureza profissional e com relação de dependência com a Administração Pública." (Moraes, 2008, p. 150). Ou seja, são pessoas físicas que prestam serviço à Administração de forma profissional, com vínculo empregatício. Subdividem-se de acordo com os cargos que ocupam, quais sejam: ocupantes de cargos efetivos e de cargos em comissão; ocupantes de empregos públicos e servidores contratados por tempo determinado.

Os cargos efetivos estão previstos na Constituição, em seu art. 37, II, *in verbis*:

CF/88

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 complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado de livre nomeação e exoneração.

Trata-se, justamente, dos cargos cujo ingresso depende de concurso público. São necessariamente previstos em lei e vinculam o servidor de forma permanente.

Várias são as normas que regulamentam esta inserção da pessoa física no cargo público efetivo, previamente existente, como dito; tais normas, no entanto, por estarem estreitamente vinculadas ao objeto deste estudo, serão abordadas em item específico relacionado ao concurso público.

Os cargos em comissão, por sua vez, são mencionados, como visto, já no final do inciso II do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil. Trata-se de cargos de livre nomeação e exoneração, cuja ocupação não depende de concurso público, mas tão somente da indicação do chefe da entidade pública em questão.

Servidor ocupante de cargo em comissão é aquele que exerce função pública definida em lei de natureza não profissional, selecionado por critérios subjetivos e vínculo de confiança com quem o nomeou, de caráter temporário e mediante remuneração paga diretamente pelo Poder Público. (MORAES, 2008, p. 151).

Verifica-se, portanto, algumas semelhanças e algumas diferenças entre os cargos públicos efetivos e comissionados. A principal característica que vincula os dois tipos apresentados é o fato de se tratar de servidores estatutários, em ambos os casos.

Apesar das diferenças em relação à nomeação e exoneração, principalmente, e ao caráter permanente do primeiro e temporário do segundo, ambos submetem-se a um regime pré-estabelecido em lei, cujas regras gerais atingem a ambos. Di Pietro assim se refere à categoria que classifica como “servidores estatutários”:

Os da primeira categoria submetem-se a **regime estatutário**, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes. (2005, p. 446).

Em nível federal, por exemplo, o estatuto dos servidores públicos é a Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, que “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, a qual regra toda a relação entre estes servidores, ocupantes de cargos públicos, e a Administração, sejam estes cargos efetivos ou comissionados.

Neste ponto, é interessante traçar uma breve análise acerca do que seria cargo público e função pública. A função pública indica o exercício de uma atividade, pela pessoa física, em nome da Administração. O cargo, por sua vez, compreende um conjunto de funções pré-estabelecidas em lei. Conforme já mencionado, todo e qualquer cargo público a ser preenchido, seja de forma efetiva ou comissionada, tem que ser criado por lei, a qual especificará sua denominação, atribuições específicas e remuneração.

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, criado por lei em número determinado, com nome certo e remuneração especificada por meio de símbolos numéricos e/ou alfabético. Todo cargo implica o exercício de função pública. (MEDAUAR, 2010, p.274).

Como verificado no conceito acima apresentado, portanto, todo cargo implica no exercício de função pública. O contrário, no entanto, não ocorre, já que se pode exercer função pública sem que necessariamente se esteja nomeado em um cargo

específico. A mesma autora explica:

A função pública pode ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargos, pois somente detêm funções. Portanto, nem toda função implica exercício de cargo. (MEDAUAR, 2010, p. 274).

É importante, ainda, ressaltar que existem dois tipos de função pública, conforme, aliás, se pode verificar do próprio artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, nos incisos acima transcritos. Existem as funções de confiança, de livre nomeação e exoneração, e as funções exercidas por servidores contratados de forma temporária, nos termos do artigo 37, IX. Neste sentido, esclarece Di Pietro:

Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente, com base no artigo 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação não é compatível com a demora do procedimento. [...]
2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; [...]. (2005, p. 452).

Verifica-se que o primeiro caso refere-se aos servidores contratados por tempo determinado, ou seja, uma das classificações de agente público anteriormente mencionadas, a ser analisada a seguir.

Ocorre que em 2008, através da ADI nº 2135-9, por 8 votos contra 3, o plenário do STF deferiu medida cautelar para suspender o caput do artigo 39 da CF, voltando a vigorar a redação anterior à EC 19/98, ou seja, com efeito ex-nunc, passando a valer a partir da referida decisão. Com isso, toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, caput, com a redação da EC 19/98, continua válida, ressaltando que, dessa forma, ficam resguardadas as situações consolidadas, até o julgamento do mérito.

Dessa forma não há mais como se considerar dois regimes na atualidade, sendo que o regime a ser adotado a partir de 2008 com a edição da referida ADI, será o RJU – Regime Jurídico Único

Em âmbito federal, o regime de emprego público do pessoal da Administração direta, autárquica e fundacional é disciplinado pela Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Apesar de serem regidos pela legislação trabalhista, no entanto, os

empregados públicos submetem-se também a algumas normas relacionadas aos servidores ocupantes de cargos públicos, em especial no que se refere à investidura, já que é exigido o concurso público, acumulação de cargos e, ainda, regras relacionadas ao vencimento. (DI PIETRO, 2005, p. 446).

No que diz respeito aos servidores temporários, estes só podem ser contratados para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, IX da Constituição. Como já mencionado, estes servidores exercem apenas a função pública, sem ocuparem cargo, já que, justamente, não há a exigência da criação prévia de cargos por lei, tendo em vista o caráter de urgência do instituto. Nas palavras de Moraes: "A Constituição Federal admite a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (CF/88, Art. 37, IX)".

No âmbito da administração federal, a contratação temporária foi regulamentada pela Lei n. 8.745, de 09 de dezembro de 1993, competindo aos Estados, Distrito Federal e Município legislarem a respeito no seu âmbito.

O servidor temporário encerra a classificação referente aos servidores públicos, composta, conforme demonstrado, por ocupantes de cargos públicos, efetivos ou comissionados, empregos públicos e funções temporárias. Dentro de agentes públicos, então, restam os colaboradores.

Colaboradores são aqueles que exercem função pública e natureza não profissional e caráter transitório, mesmo que sem remuneração e mediante requisição do Estado, ou por delegação do Poder Público através da prestação de serviços por terceiros (terceirização, concessão de serviço público, consórcios, parceiro público e seus agentes). (MORAES, 2008, p. 152).

Di Pietro (2005, p. 450) apresenta a existência de pelo menos três espécies de colaboração. A primeira, por delegação do Poder Público, compreende pessoas que exercem função pública em próprio nome, sendo apenas fiscalizadas pelo Estado, mas não remuneradas por ele, já que recebem dos terceiros usuários dos serviços que prestam; é o caso, por exemplo, de leiloeiros, tradutores, ou os que exercem serviços notariais ou registrais. A segunda compreende a colaboração mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes, como é o caso dos jurados e dos que são convocados para a prestação de serviços eleitorais. A terceira categoria, então, refere-se aos gestores de negócios que assumem funções

públicas em casos de emergência, como epidemias e enchentes, embora de forma espontânea, ou seja, sem a requisição ou convocação do Poder Público.

Traçadas as linhas gerais de todas as pessoas que compõe a Administração Pública, gerindo a máquina, cabe aprofundar as questões relacionadas aos servidores e empregados públicos ocupantes de cargos efetivos, cuja admissão só se dá mediante aprovação em concurso público.

3.2 Concurso público

No Brasil, a primeira previsão legal a tratar do concurso para a admissão em cargos públicos constou da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, nos termos de seu artigo 170, 2º, aqui transcrito:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

[...]

2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;

Verifica-se, a partir da previsão acima transcrita, que o concurso era previsto apenas para os postos de carreira, o que nos faz vislumbrar certa vinculação com os cargos que ainda hoje são objeto de concurso e, de outra forma, somente para a primeira investidura, o que não mais é permitido, conforme se irá verificar.

O concurso público surgiu, no direito brasileiro, aplicável a situações específicas para as quais houvesse exigência legal e para os cargos organizados em carreira, sendo exigível, em relação a estes, tão somente para o provimento no cargo inicial da carreira, visto que para os demais cargos componentes da carreira o provimento dava-se por meio de sucessivas promoções. (Rosa, 2010, p. 01).

Atualmente, a previsão legal que exige a realização de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos públicos consta do artigo 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Conforme se pode compreender da própria redação do artigo, assim como já exposto anteriormente, o concurso público é exigido para cargos públicos, em que se enquadram os servidores estatutários, e para empregos, em que os aprovados serão admitidos sob o regime da CLT.

É importante esclarecer que, em relação aos empregos, foi adotado o termo “processo seletivo público” com o objetivo de desvincular esta situação da idéia de estabilidade, passada pelo concurso, em que se irá, efetivamente, preencher um cargo efetivo, o que não ocorre com o emprego, sob regime celetista. Nas palavras de Medauar:

Em virtude dessa associação entre concurso público e estabilidade, muitos órgãos e entes administrativos passaram a denominar *processo seletivo público* os certames para contratar pela CLT ou para outro tipo de contrato, reservando a locução *concurso público* para os cargos de provimento efetivo. Na verdade, não é o tipo de certame que propicia a estabilidade, mas o tipo de cargo, o cargo de provimento efetivo, como é mencionado no art. 41, *caput*, contrato algum possibilita a aquisição de estabilidade. (2010, p. 275, 276).

De qualquer forma, a previsão constitucional do concurso público, com a exigência de sua realização para o preenchimento de cargos e empregos públicos, impõe-se como a forma mais democrática, igualitária e isonômica de contratação por parte da Administração, evitando apadrinhamentos. Nas palavras de Moraes (2008, p. 152): “Embora existam opiniões em contrário, o concurso público ainda é a forma mais democrática e isonômica para o acesso aos cargos públicos.”

Em verdade, a exigência do concurso atende mesmo a princípios constitucionais como o da igualdade e da moralidade, já analisados anteriormente: “A exigência do concurso público para ascender a postos de trabalho no setor público atende, principalmente, ao princípio da igualdade e ao princípio da moralidade administrativa.” (MEDAUAR, 2010, P. 275).

Celso Antônio Bandeira de Mello chega a mencionar, inclusive, a própria acessibilidade a cargos e empregos públicos e o concurso público como princípios em

si, senão vejamos:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na *Administração direta e indireta*. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de *outra natureza*, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público. (2005, p. 258).

A partir da citação supra, pode-se perceber, então, a importância do concurso público no sentido de moralizar a contratação de pessoal por parte da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, como já dito, evitando o apadrinhamento e, conseqüentemente, a ausência de profissionais qualificados para as funções a serem desempenhadas, já que o concurso serve, também, para selecionar os profissionais mais capacitados, de acordo com a prova proposta, o que não seria feito com a contratação por indicação dos agentes políticos.

O autor faz uma ressalva, ainda, com relação à necessidade do concurso não apenas para o ingresso na carreira pública, mas também para a troca de cargo, quando se tratar de cargo de outra natureza, evitando, assim, privilégios.

Com relação ao chamamento dos aprovados, já após a realização das provas e após terem sido auferidas as notas obtidas pelos candidatos, é interessante ressaltar que existe apenas a expectativa de direito a ser nomeado, não havendo o direito absoluto de ocupar a vaga pela simples aprovação no concurso. Nestes termos, explica Moraes: “Dentro do prazo de validade do concurso, o aprovado adquire uma expectativa de direito de ser nomeado e aguardará a nomeação e a posse de acordo com regras próprias e específicas de cada ente público”. (2008, p. 152).

Além disso, cabe anotar alguns aspectos concernentes à regra relacionada à validade do concurso. Nos termos do artigo 37, III da Constituição Federal, o prazo de validade dos concursos será de dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período.

É importante ressaltar que esta prorrogação, autorizada pela Constituição, não é automática, cabendo à Administração decidir a respeito de seu cabimento. Como ensina Di Pietro:

Ainda no que diz respeito ao ingresso, o artigo 37, inciso III, fixa o prazo de validade de dois anos para validade do concurso, prorrogável uma vez, por igual período; a prorrogação fica a critério da Administração, inexistindo, para os candidatos aprovados, direito subjetivo a essa prorrogação. (2005, p. 457).

Dentro deste período de validade, os candidatos aprovados terão prioridade na nomeação para os cargos para os quais foram aprovados, nos termos do inciso IV do mesmo artigo 37 da Constituição, *in verbis*:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Desta feita, enquanto houver candidatos aprovados, dentro do prazo de validade do concurso, a Administração não poderá chamar outras pessoas para preencherem as vagas, ainda que aprovadas em concurso subsequente. Assim explica Mello:

Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as *vagas existentes dentro de seu período de validade*, quer já existissem quando da abertura do certame, *quer ocorridas depois*. (2006, p. 259).

Moraes ainda faz a ressalta de que, tendo sido chamado o candidato e não assumindo este a vaga dentro do prazo, a ser fixado em lei local, deverá o mesmo ser transferido para o final da lista de classificação:

Se, depois de nomeado, o aprovado deixar de tomar posse, independentemente do motivo, deve ser transferido para o final da lista dos aprovados, oportunizando a Administração nomear o de classificação anterior, enquanto o ausente aguardará eventual e futura nomeação. (2008, p. 152).

Adentrando mais especificamente ao tema ora em estudo, surgem as regras relacionadas à discriminação no concurso público. Inicialmente, temos a regra contida no artigo 37, inciso VIII da Constituição, que trata da única forma de discriminação positiva prevista constitucionalmente para concursos públicos, qual seja, a de reserva de vagas para pessoas com deficiências:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

No caso federal, por exemplo, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, em seu artigo 5º, §2º, impõe o percentual de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos, para reserva às pessoas com deficiências.

Para além desta previsão de discriminação positiva, no entanto, há que se mencionar a proibição expressa, na própria Constituição, para a discriminação, no tocante à admissão, salários e exercício de funções, por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil:

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;

O artigo 39, §3º, então, remete o funcionalismo público à regra acima transcrita, permitindo, tão somente, requisitos diferenciados de admissão tão somente quando a natureza do cargo o exigir. Tal possibilidade, por ser considerada quando da disposição de restrições relacionadas à saúde física do candidato para fins de nomeação, será mais bem aprofundada no capítulo seguinte.

3. A DISCRIMINAÇÃO NO CONCURSO PÚBLICO: TEORIA E PRÁTICA

Conforme já demonstrado no decorrer deste estudo, o concurso público atende aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, garantindo a todos os cidadãos o mesmo direito de acesso aos cargos públicos disponíveis na Administração.

Os concursos públicos devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados. Sem isto ficariam fraudadas suas finalidades. Logo, são inválidas disposições capazes de desvirtuar a objetividade ou o controle destes certames. (Mello, 2006, p. 258).

A principal regra, portanto, em concursos públicos, é a de que o certame seja aplicado de forma igualitária a todos os candidatos participantes. Há uma única exceção prevista constitucionalmente para a reserva de vagas, que irá alterar a ordem de classificação e de chamamento dos candidatos, no que concerne à pessoa com deficiência, conforme já apresentado e disposto no artigo 37, VIII da Constituição Federal.

Em suma, deixam claro os doutrinadores a importância e o peso que tem o princípio da igualdade no que se refere ao preenchimento de cargos públicos, indicando, inclusive, a aplicação do artigo 7º, XXX da Constituição Federal também aos servidores, ficando vedadas, portanto, pelo Princípio da não-discriminação, diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Também no que se refere ao ingresso, aplica-se aos servidores públicos a regra do artigo 7º, XXX, da Constituição, conforme determina o artigo 39, par. 3., com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19. De acordo com aquele dispositivo, são vedadas diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (Di Pietro, 2005, p. 457).

Ocorre que o mesmo artigo 39, § 3º, que remete ao art. 7º, XXX, ambos da CRFB/88, admite a possibilidade de diferenciar-se e, inclusive, de excluir algumas pessoas do certame, tendo em vista a possibilidade que é aberta para a imposição de certos requisitos diferenciados, desde que indispensáveis ao desenvolvimento das funções inerentes ao cargo em questão:

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Mello esclarece a vinculação entre os dois dispositivos constitucionais e conclui que:

Em decorrência do disposto no artigo 7, XXX, ao qual o artigo 39, par. 3, faz remissão, em princípio não seriam admissíveis restrições discriminatórias por motivo de idade ou sexo para a admissão em cargos ou empregos; contudo, a parte final deste último preceptivo ressalva a possibilidade de se instituírem requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (2006, p. 258).

A exigência de exames físicos e de saúde, constante em muitos editais de concurso público, encontra guarida justamente nesta previsão constitucional. Ocorre, no entanto, que muitas vezes o que foi previsto como exceção, quando estritamente necessário ao cargo, acaba tornando-se regra e excluindo candidatos de forma discriminatória e, portanto, contrária à Constituição.

São casos, muitas vezes, traumatizantes para os candidatos, pessoas que muitas vezes contam, sim, com problemas de saúde, talvez até sérios, mas que não as impedem de exercer as funções para as quais prestaram concurso. O caminho percorrido com vistas à garantia do direito de serem nomeadas, no entanto, torna-se longo, árduo e angustiante. Foi selecionado, para o desenvolvimento deste estudo, um caso concreto, a seguir brevemente analisado.

4.1 Discriminação na administração pública: experiência vivenciada

O caso concreto trazido a este estudo como forma de demonstrar a real existência do problema levantado e sua proximidade em relação à nossa comunidade, já que ocorrido aqui mesmo no Município de Criciúma, trata de um funcionário da ASTC – Autarquia de Segurança, Trânsito e Transporte de Criciúma, que prestou concurso no ano de 2004, quando a entidade ainda mantinha o nome de CRICIUMATRANS.

A ASTC é uma autarquia, ou seja, ocupa espaço no que é chamado, dentro do Direito Administrativo, de administração pública indireta. As autarquias são

conceituadas legalmente pelo Decreto-lei 200/67, em seu artigo 5º, *in verbis*:

Dec.-lei 200/67

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I – Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, pra seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Assim, sendo uma autarquia, a ASTC, de forma geral, submete-se às mesmas regras e princípios relacionados à administração pública, senão vejamos o ensinamento de Medauar:

Tendo em vista serem pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta, aplicam-se às autarquias os mesmos preceitos que informam a atuação dos órgãos da Administração direta. Isso quer dizer que sua atuação é regida preponderantemente pelo direito público, sobretudo o direito administrativo. Aplicam-se às autarquias os princípios mencionados no *caput* do art. 37 da CF e os preceitos contidos nos incisos desse artigo. (2010, p. 76).

No que concerne à contratação de pessoa, então, uma autarquia, como a ASTC, é também obrigada à realização do concurso público, independentemente do preenchimento de cargos ou empregos públicos, conforme ensina a mesma autora:

Para ingressar no quadro de pessoal das autarquias, seja como estatutário, contratado pela CLT ou por contrato inominado, é necessária aprovação prévia em concurso público, segundo exige o inciso II do artigo 37 da CF. (MEDAUAR, 2010, p. 77).

No caso analisado, como dito, o candidato prestou concurso público no ano de 2004 e, tendo sido devidamente aprovado, foi impedido de assumir o cargo tendo em vista a apresentação de problema auditivo. Ancorados, então, na exigência editalícia de que o candidato deveria apresentar boa saúde para assumir o cargo, os responsáveis pelo ato que negou a contratação do candidato em questão alegaram, então, não possuir estas condições de desenvolver as atividades inerentes ao cargo.

Em entrevista apresentada no questionário constante do Anexo I, o candidato declarou-se indignado e revoltado, no primeiro momento, com a negativa apresentada pela ASTC, então, CRICIUMATRANS, já que tinha, à época, plena certeza de ter todas as condições necessárias ao desenvolvimento das funções relacionadas ao cargo. (Anexo I, pergunta 3.).

Questionado sobre a atitude tomada quando informado de que não poderia assumir o cargo, então, o entrevistado declarou ter procurado advogado e impetrado Mandado de Segurança com pedido de liminar, o qual foi aceito duas semanas após a

impetração do *writ*. Assim, duas semanas após o ato administrativo que negou a posse por parte do entrevistado, este veio a assumir, por força de decisão judicial, tendo então tido a importante chance de demonstrar suas capacidades para o exercício da função inerente ao cargo de Agente de Trânsito. (Anexo I, perguntas 4 e 5).

Ainda assim, segundo as informações prestadas, o julgamento final foi contrário ao pedido do entrevistado e, somente após lançar mão de recurso judicial de Apelação, este veio a assumir definitivamente o cargo para o qual prestou concurso e foi aprovado, de Agente de Trânsito, isto já no ano de 2007. (Anexo I, pergunta 9).

4.2 Discriminação na administração pública e o posicionamento dos tribunais

A jurisprudência é vasta no que se refere aos casos em que os candidatos são obrigados a buscar o Poder Judiciário para terem garantidos os seus direitos constitucionais, em especial no que se refere a não-discriminação. Os próprios Tribunais Superiores já se manifestaram a respeito do tema, em casos distintos, como se pode observar:

CONCURSO PÚBLICO - CRITÉRIO DE ADMISSÃO - 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 aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. O concurso público para preenchimento de vagas existentes no 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.

(STF. RE120305-RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento 08-09-1994. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acessado em 26/10/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE ACUIDADE VISUAL. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DEFICIÊNCIA SUSCETÍVEL DE TRATAMENTO EFICAZ. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 968.836 - PR (2007/0148919-8) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acessado em 26/10/2010).

Em pesquisa nos Tribunais Estaduais dos Estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, foi possível, da mesma forma, encontrar vasta jurisprudência

relacionada ao tema em questão, a qual será aqui analisada de acordo com os pontos específicos abordados em cada caso.

Uma das questões determinantes para a aceitação dos critérios impostos por um Edital de concurso público como sendo perfeitamente legais e exigíveis, é justamente a previsão legal expressa e a objetividade dos critérios impostos.

Sendo o edital a lei do concurso, este deve conter em detalhes as exigências e os critérios que serão impostos em exame médico e ou psicológico. Neste sentido, transcreve-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CEEE. AUXILIAR TÉCNICO.

Preliminar. Recurso que, mesmo reeditando os argumentos da contestação, investem contra os fundamentos da sentença. Cerceamento de defesa não caracterizado, pois desnecessária a dilação probatória, ante os limites da lide.

Mérito. Candidato reprovado em exame médico admissional por sobrepeso. Exigência não constante de norma legal, muito menos do próprio edital, não podendo, isoladamente, ser erigida como óbice à contratação apenas por constar do edital a exigência de aprovação em exame médico admissional, pelo que se pode impor ao candidato, tão-somente, gozar de boa saúde física e mental. (TJRS. Apelação Cível nº 70020917175. Terceira Câmara Cível. Acessado em 26/10/2010. Disponível em: [http:// www.tj.rs.jus.](http://www.tj.rs.jus.))

O exemplo acima demonstra claramente a situação proposta, em que o edital menciona somente a exigência de boa saúde física e mental, não especificando o que seria tido como esta boa saúde e, portanto, não abrindo espaço para recusas como a apresentada, em que o candidato estava acima do peso.

Neste caso, portanto, o Judiciário manifesta-se contra a reprovação de candidato em exame médico admissional tendo em vista a ausência de previsão editalícia a respeito do critério utilizado para a dita reprovação, tão somente.

Outra decisão do mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aponta no mesmo sentido:

CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE TURUÇU. CARGO DE ACOMPANHANTE TERAPÊUTICA. INAPTIDÃO PSICOLÓGICA ATESTADA POR PROFISSIONAL DA ÁREA NO EXAME ADMISSIONAL. TESTE REALIZADO POR PSICÓLOGO. LEI MUNICIPAL QUE PREVIA À REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO. VIOLAÇÃO À LEI-TURUÇU nº 386/03. ANULAÇÃO DA AVALIAÇÃO.

É legítima a exigência do exame psicológico nos certames públicos. Todavia o exame aplicado não serviu para classificação da autora, mas para verificar a sua “boa saúde mental” para ingresso no cargo público. Avaliação prevista no edital de abertura (item 10.6, “b”), que exigia a realização da avaliação por Médico ou Junta Médica em conformidade com a Lei-Turuçu nº 386/03. Exame

realizado por Psicólogo. Violação à lei. Nulidade declarada. Necessidade de realização de novo exame admissional, no entanto, por Médico Psiquiatra ou por Junta Médica com assento na área psiquiátrica, de modo a atender a previsão editalícia e legal que regia o certame. Impossibilidade de realização de perícia na especialidade de Psiquiatria no âmbito do Departamento Médico do Poder Judiciário, diante dos termos cogentes previstos no Ato nº 019/08 da Presidência desta Corte. Voto vencido no sentido de determinar a desconstituição da sentença, para que seja realizada perícia no âmbito do DMJ, no entanto, sem a necessidade de ser aferida a saúde mental da candidata por Médico Psiquiatra. Impossibilidade, pois a 'boa saúde mental deve ser avaliada por médico especialista na área de Psiquiatria, sob pena de incorreção de diagnóstico. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA POR MAIORIA, VENCIDA A REVISORA. (TJRS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70021112651. PELOTAS. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010).

Verifica-se, portanto, que para exigir que o candidato cumpra requisitos relacionados à boa saúde, seja física ou mental, estes devem estar clara e especificamente expressos no Edital, que é a lei do concurso, e este, por sua vez, estritamente baseado e vinculado à lei em sentido estrito, ou seja, norma criada e aprovada pelo Poder Legislativo. Assim, não pode a Administração Pública criar critérios para admissão, relacionados à saúde dos candidatos, quando da elaboração do Edital; pode, sim, basear-se em previsão legal para tanto.

Além deste critério, no entanto, outras questões devem ser observadas para que seja possível impor tais exigências, dentre as quais é ressaltada, pelo próprio texto constitucional anteriormente transcrito, a vinculação à função que deverá ser exercida no cargo a ser ocupado. Desta feita, no caso de reprovar-se um candidato por problemas de saúde, deve estar claro que estes problemas impeçam o exercício da função pública, senão vejamos:

Assim, como qualquer outro, o candidato portador de deficiência visual deve ter condições de desempenhar as atividades próprias do cargo a ser exercido, uma vez que as exigências referentes à aptidão física devem estar sempre sincronizadas com a natureza do serviço.

Resta nítido que a pequena deficiência visual antes apresentada pelo impetrante em nada lhe obstaculizava o desempenho de suas atividades, inclusive se atesta pela sua aprovação nas etapas seguintes do concurso, sendo que, a realização da cirurgia veio a pacificar possível discussão, uma vez que, pela qual, conforme cientificou o médico, houve a correção total do problema. (TJSC. Mandado de Segurança n. 2003.029554-2, da Capital. Relator: Des. Volnei Carlin. 11/05/2005. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>. Acessado em 26/10/2010).

No caso apresentado acima, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou situação em que a Polícia Militar reprova candidato tendo em vista leve deficiência visual. Apesar da previsão legal que exige o exame oftalmológico, no entanto, entendeu

o Tribunal não ser possível manter a reprovação, tendo em vista justamente o fato de que o problema de saúde encontrado não impede o exercício da função, até porque facilmente corrigido com o uso de óculos ou lentes de contato. Ou seja, verificou-se, no caso em tela, a não adequação da exigência de saúde com as funções a serem exercidas no cargo. Outros casos, julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deixam claro este posicionamento:

Apelação e reexame necessário. mandado de segurança. concurso público. soldado da brigada militar. inaptidão no exame de saúde. anemia. impossibilidade de exclusão do certame. facilidade de tratamento. princípio da razoabilidade. segurança confirmada. PRECEDENTE. custas processuais pelo impetrado. isenção quanto à taxa judiciária e emolumentos. cartório estatizado. exigibilidade das despesas processuais. sem condenação em honorários advocatícios. negaram provimento ao apelo, modificando parcialmente a sentença em reexame necessário. unânime. (TJRS. Apelação Cível/reexame necessário Nº 70034900621. Comarca de Capão da Canoa. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010).

Verifica-se que, conforme exposto acima, é invocado pelos julgadores o princípio da razoabilidade para sustentar a decisão dentro do entendimento de que a exigência relacionada à saúde só pode ser mantida quando necessária especificamente ao cargo a ser preenchido.

O princípio da razoabilidade, basicamente, se propõe a eleger a solução mais razoável para o problema jurídico concreto, dentro das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a questão, sem se afastar dos parâmetros legais. Sua utilização permite que a interpretação do direito possa captar a riqueza das circunstâncias fáticas dos diferentes conflitos sociais, o que não poderia ser feito se a lei fosse interpretada “ao pé da letra”, ou pelo seu mero texto legal.

Outras decisões ressaltam o princípio ora mencionado, dentre as quais se colhe o seguinte exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO EM SEGURANÇA I. PETROBRÁS. APTIDÃO AFERIDA MEDIANTE LAUDO MÉDICO OFICIAL. AJG. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO.

- Candidato que restou eliminado no exame médico do concurso para Técnico em Segurança I, da Petrobrás, sob a justificativa de que apresenta lesão na coluna vertebral. Problema de saúde que resta incontroverso, porém, a prova pericial demonstrou haver adequação com as atribuições do cargo, possibilitando a investidura do autor.

- Revogação do benefício da assistência judiciária gratuita: ausência de prova da alteração na situação financeira do apelado. Pedido, ademais, que deve ser efetuado de forma apartada dos autos principais, permitindo o contraditório, como dispõe o art. 6º da Lei nº 1.060/50.

Precedentes desta Corte.

NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Verdade que a aptidão física do candidato submetido a concurso público deve ser analisada dentro de uma perspectiva de razoabilidade, a fim de que não sejam declarados aptos aqueles que não possam desempenhar com eficiência as atividades inerentes ao cargo.

Todavia, a prova produzida nos autos não convence acerca da inaptidão atribuída ao autor pela demandada, seja pelos atestados acostados ao feito, seja pelo laudo oficial, atestando a capacitação para o exercício do cargo. (TJRS. Apelação Cível Nº 70026750596. Terceira Câmara Cível. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010).

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o princípio da razoabilidade da seguinte maneira:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, 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. 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 discricção manejada. (2006, p. 96).

Assim, admitidas as limitações relacionadas à idade, sexo, e mesmo à saúde dos candidatos, verifica-se que estas devem estar estritamente vinculadas às atividades que serão desenvolvidas pelo futuro servidor ou empregado público, ou seja, precisa estar claro que o não preenchimento dos critérios impediria o exercício da função relacionada ao cargo aberto; para enquadramento desta teoria ao caso concreto, então, mister se faz que a administração observe e aplique o princípio da razoabilidade, sob pena de estar discriminando e excluindo ilegalmente os candidatos.

Outras questões, ainda, devem ser observadas em situações de exclusão do candidato do certame em virtude de problemas de saúde, como a clara motivação do ato que o exclui. Como é sabido, todo ato administrativo deve ser motivado, sob pena de nulidade, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. DEFICIENTE FÍSICO. EXAME MÉDICO. INAPTIDÃO CONSTATADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. RESERVA DE VAGA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

O resultado do exame de saúde, exigência prevista no edital para a nomeação do candidato aprovado em concurso público, deve ser motivado sob pena de ser anulável.

O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura

do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão. (Direito Administrativo Brasileiro. 27.ed. 2002, p. 146). (TJSC. Apelação cível em mandado de segurança n. 2004.031330-1, da Capital. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. 15/02/2005. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>. Acessado em 26/10/2010).

APELAÇÕES CÍVEIS. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DO TESOUREIRO DO ESTADO. Portador de deficiência. aptidão verificada em laudo do departamento médico judiciário.

- O órgão administrativo encarregado de avaliar as condições de saúde do candidato não logrou motivar devidamente suas conclusões que ademais foram refutadas pelo laudo judicial, atestando a capacidade para o exercício do cargo mesmo em face das limitações verificadas por conta da deficiência física.

- Ausência de violação ao princípio da separação entre os poderes, já que o ato administrativo não está imune ao controle judicial, cuja presunção de legitimidade não é absoluta, admitindo prova em contrário. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

- Pretensão indenizatória que não procede tendo em vista a realização do exame pericial no âmbito administrativo, embora tenha culminado com a conclusão de inaptidão, constitui-se em regra aplicável a todos os candidatos de modo que eventual demora na nomeação não se pode ser imputada à Administração o que afasta a incidência do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

- Ausente a configuração de ato ilícito praticado pela Administração o tempo de serviço somente deverá ser computado a partir do efetivo exercício do cargo, não podendo ter efeito retroativo.

- Manutenção da verba honorária.

NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. (TJRS. Apelação Cível Nº 70028917284. Terceira Câmara Cível. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010).

Os dois Tribunais, portanto, em casos relacionados ao tema, anularam atos que excluía candidatos por motivo de saúde tendo em vista justamente a ausência de motivação, necessária à manutenção da decisão que impede o acesso ao cargo público. Estas decisões remetem, da mesma forma, à necessária objetividade dos critérios a serem adotados para a classificação e consequente admissão dos candidatos. A objetividade é necessária mesmo à manutenção da igualdade no sistema de seleção de pessoal para a Administração Pública, tendo em vista que uma seleção subjetiva permitiria, talvez, privilegiar alguns e prejudicar outros.

Neste sentido, existem sérias críticas, por exemplo, à realização do exame psicotécnico, tendo em vista justamente a falta de objetividade nas reprovações.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR ESTADUAL. EXAME PSICOTÉCNICO. Critérios objetivos. Divulgação DAS CONCLUSÕES.

A candidata considerada inapta pelo exame psicotécnico tem direito de conhecer os critérios e fundamentos que deram ensejo ao laudo médico reprovador, pois tal exame deve obedecer a critérios técnicos, com base objetiva, sob pena de, em assim não sendo, perpetrar ilegalidades e afrontar ao

Estado Democrático de Direito.
CONCEDIDA A SEGURANÇA, POR MAIORIA. (TJRS. Mandado de Segurança Nº 70025631789. Órgão Especial. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010).

Mello, aliás, utiliza o exame em questão como exemplo de disposições que são capazes de "desvirtuar a objetividade e o controle destes exames":

É o que, injuridicamente, tem ocorrido com a introdução de exames psicotécnicos destinados a excluir liminarmente candidatos que não se enquadram em um pretense "perfil psicológico", decidido pelos promotores do certame como sendo o "adequado" para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego.

Exames psicológicos só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental dos candidatos, ou, no máximo - e, ainda assim, apenas no caso de certos cargos ou empregos -, para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelam traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções. (2006, p. 258-259).

Resta claro, portanto, o quão é importante que haja objetividade e clareza na imposição de critérios e exigências para a admissão de pessoa na Administração Pública, através do concurso, tendo em vista, justamente, o caráter deste certame, criado e praticado para garantir a lisura e a isenção na escolha dos candidatos, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade pública, não sendo admitida a discriminação subjetiva, em sede de exames médicos e psicotécnicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o levantamento de informações aqui analisadas e confrontadas, é possível obter algumas conclusões acerca do tema proposto, em determinados aspectos, apesar de não haver, assim como não era objetivo inicial deste, possibilidade de apresentar-se uma conclusão geral acerca do tema. Como visto, divergências ainda permanecem entre renomados doutrinadores e juristas acerca do tema em estudo, de forma que não caberia a nós encerrarmos o debate.

No primeiro capítulo, verificou-se claramente a importância do sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 para a contratação de pessoal para a Administração Pública. Chamada de “Constituição Cidadã”, traz em seu texto, como base, a ideia de igualdade entre os cidadãos e de defesa da dignidade da pessoa humana. Para o bem do povo brasileiro, princípios norteadores para que o Estado, como o maior responsável pelo alcance deste bem, aja com moralidade, lisura, impessoalidade e eficiência, e sempre em observância à legalidade. A realização de concursos públicos para admissão de pessoal, então, é procedimento adequado a estes princípios norteadores, por evitar justamente o apadrinhamento por parte daqueles que detém o poder e, outra forma, negativa, por parte dos mesmos, em receber um funcionário por preconceito, baseado em qualquer questão, seja de sexo, idade, cor ou religião.

A realização dos concursos públicos para o preenchimento de cargos e empregos públicos, assim, tanto é adequada aos objetivos gerais da “Constituição Cidadã” quanto garante, por outro lado, a própria aplicação dos seus princípios no preenchimento dos quadros da Administração Pública.

As regras relacionadas aos cargos e empregos e às situações em que o concurso é obrigatório são bastante claras no direito brasileiro, como se pôde observar no segundo capítulo. Da mesma forma, é claro o único caso admitido pela Constituição Federal de diferenciação na classificação dos candidatos, quando trata da reserva de vagas para pessoas com deficiências, remetendo à lei infraconstitucional os pormenores necessários à aplicação desta garantia, inclusive no que diz respeito à

especificação do percentual a ser reservado.

Em relação ao tema propriamente dito, no entanto, verifica-se que há uma abertura, na própria Constituição Federal, para a exigência de características específicas para o preenchimento de cargos públicos, quando estes o exigirem; nesta abertura encaixa-se, então, a questão relacionada à saúde física e mental dos candidatos.

O dispositivo constitucional é bastante claro quando abre a possibilidade da imposição de requisitos especiais apenas quando o cargo o exigir. Assim, tratar-se-ia de questões bem específicas, a serem analisadas caso a caso, pela própria Administração, quando da necessidade do preenchimento de cargos.

No terceiro capítulo, a partir da análise de casos concretos, no entanto, inclusive com o apontamento de um ocorrido no Município de Criciúma, pôde-se perceber que a adequação da prática à teoria não é tão simples. Vários foram os casos encontrados em que a negativa, por parte dos Administradores Públicos, em contratar uma pessoa por motivo de problemas saúde física e/ou mental, indicava mais preconceito e descumprimento dos preceitos constitucionais, do que necessidade efetivamente relacionada ao cargo; casos estes em que o Judiciário teve que ser acionado e manifestou-se a respeito, muitas vezes anulando os atos administrativos excludentes.

Dentre as possibilidades apresentadas, portanto, resta a importância do conhecimento, por parte do próprio Administrador Público, acerca das normativas constitucionais e das possibilidades específicas de imposição de critérios, nos concursos, relacionados à saúde física e/ou mental dos candidatos. Em havendo necessidade, então, de se estabelecer restrições, estas devem ser claras e objetivas, constando do Edital de abertura, que é a lei do concurso, que vincula Administração e candidatos.

Caso a caso, então, com o entendimento acerca das normas e dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, é possível atender às necessidades da Administração Pública, respeitando-se os direitos do cidadão que candidata-se a um cargo ou emprego público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. Brasília: CORDE, 1994, 139 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/10/2010.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/10/2010.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/10/2010.

_____. Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 968.836 - PR (2007/0148919-8) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020917175. Terceira Câmara Cível. Disponível em: <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL Nº 7002112651. PELOTAS. Disponível em www.tj.rs.jus. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível/reexame necessário Nº 70034900621. Comarca de Capão da Canoa. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70026750596. Terceira Câmara Cível. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70028917284. Terceira Câmara Cível. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança Nº 70025631789. Órgão Especial. Disponível em <http://www.tj.rs.jus>. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal do Estado de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível em mandado de segurança n. 2004.031330-1, da Capital. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho. 15/02/2005. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>. Acessado em 26/10/2010

_____. Tribunal do Estado de Justiça de Santa Catarina. Mandado de Segurança n. 2003.029554-2, da Capital. Relator: Des. Volnei Carlin. 11/05/2005. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>. Acessado em 26/10/2010

_____. Superior Tribunal Federal. Ag. Instr. N° 207.130-1/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3 abr. 1998, p.45. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 26/10/2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª T. – RMS n° 5.121 – 0/BA – Rel. Min. Willian Patterson, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 1996. Ementário STJ, n° 15/516. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acessado em 26/10/2010

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 2003, 1522p.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, 421p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime dos servidores da administração direta e indireta**. 3ª Ed., São Paulo, 1995.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2008. 398p.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Flávio Marcondes Soares. **O princípio da isonomia e sua incidência nas isenções extrafiscais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 150, 3 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4574>>. Acesso em: 25 junho. 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 107.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. 152 páginas.

ANEXO I

DADOS PESSOAIS

NOME COMPLETO: Nihill

IDADE: 39 anos TELEFONE: (48)3444-2090

LOCAL DE TRABALHO: ASTC

PROFISSÃO: Agente de Trânsito

ENDEREÇO: Rua Cel. Marcos Rovaris, Bairro Centro.

QUESTIONÁRIO

- 1) Você fez concurso público para Agente de Trânsito?
R: Sim, no ano de 2004, para Agente de Trânsito pela extinta Criciumatrans, hoje ASTC.
- 2) Você enfrentou alguma dificuldade para ter acesso ao cargo pretendido:
R: Sim, mesmo sendo aprovado no concurso, pois eu tenho problema auditivo, e na época não fui aprovado devido a esse problema.
- 3) Qual foi sua reação no primeiro momento?
R: De indignação e revolta, pois eu tinha, na época, a certeza de que possuía plenas condições de exercer o cargo para o qual prestei o concurso.
- 4) Você procurou seus direitos como cidadão fazendo-se valer das normas constitucionais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil?
R: Bem, naquele momento eu busquei a única alternativa viável era entrar com um mandado de segurança para fazer prevalecer meu direito.
- 5) Você alcançou seu objetivo? Quanto tempo após a entrada do mandado de segurança você assumiu o cargo?
R: Sim, através da justiça e consegui assumir o cargo para o qual prestei o concurso, e isso se deu já na segunda semana após a entrada do mandado de segurança pelo meu advogado.

6) Após o ocorrido, você acredita que a justiça está presente para todos de forma igualitária? Se não, porque?

R: Bem, é difícil se falar em direitos iguais, e que a justiça tem o mesmo peso e medida para todos. Só sei que no meu caso eu busquei esse meu direito e alcancei meu objetivo.

7) Qual conselho você daria a outras pessoas que eventualmente passarão por problema semelhante ao seu?

R: Olha, só tenho a dizer para eles é que lutem pelos seus direitos. Façam valer a sua vontade de vencer e alcançar seu objetivo, nunca deixando se abater, mas lutem, pois com certeza vale à pena.

8) Você acredita que uma pessoa que tenha algum problema de saúde será menos competente no exercício de uma função do que uma pessoa plenamente saudável?

R: Depende da enfermidade que a pessoa sofre. É claro que uma pessoa com uma doença crônica será mais prejudicial ao ente público, até porque na probabilidade acabará faltando ao trabalho para tratamento, mas nem todas as doenças são iguais, e cada uma deve ser analisada caso a caso, como por exemplo, uma doença infecto contagiosa.

9) Valeu a pena lutar pelos seus direitos?

R: Nossa como valeu. Tanto é que estou desempenhando meu trabalho desde 2007, até porque quando no primeiro julgamento, o juiz deu sentença favorável para mim, mas a sentença foi recorrida, e quando teve novo julgamento quem estava julgando era um juiz substituto, e ai eu perdi. Logo após entrei novamente com uma ação para voltar à minha função já em 2007, sendo que novamente me sai vitorioso, e estou desde aquela data desempenhando minhas funções na ASTC.