

**ANÁLISE JURÍDICO-POSITIVA
DO PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE
AOS CARGOS PÚBLICOS**

(Considerações acerca da incorreta aplicação,
pela Administração Pública, da norma constitucional)

WALDIR SANTOS

1 - Apresentação do tema. 2 - Considerações iniciais. 3 - O instituto do concurso público. 4 - Princípio da legalidade e princípio da reserva legal. 5 - A Carta Magna e a acessibilidade aos cargos públicos. 6 – Conclusões. 7 - Referências bibliográficas

1. Apresentação do tema

Aparentemente incontroverso, o assunto a ser aqui analisado é levado com pouca frequência aos tribunais, nada obstante consistir, a ofensa ao direito a que reporta, um dos mais graves ataques ao exercício da cidadania e do exercício do poder/dever que tem a Administração de selecionar os seus servidores num universo o mais qualificado possível, entre as pessoas que expressem interesse. Tal poder/dever dá oportunidade a todos de, desde que satisfazendo o que dispõe a lei, ingressar no serviço público, por meio de critérios unicamente ligados à sua capacidade e ao seu empenho, banindo-se a histórica e repugnante forma de acesso baseada em preferências pessoais. É a democratização da Administração, ao menos em previsão abstrata, fenômeno que, apesar de não ser novo no Brasil, calhou com o espírito da Constituição de 1988.

Além da importância social que possui, por evidenciar e fazer prevalecer a igualdade de todos, em mais um campo, oferece o concurso público a oportunidade, à Administração, de compor os seus quadros com o que há de melhor em termos de recursos humanos, partindo-se, logicamente, do pressuposto do interesse individual, o que redundará em economia e eficiência, e, em consequência, benefício social universal.

Trata-se do princípio da acessibilidade, preceito constitucional insculpido no art. 37, inciso I, da Lei Maior, que garante aos brasileiros o acesso aos cargos, empregos e funções públicas, desde que sejam atendidos os requisitos estabelecidos em lei. Quanto aos estrangeiros, e para que fossem esvanecidas as dúvidas que muito tempo subtraíram dos operadores do Direito, cuidou a Emenda Constitucional nº 19, de 05jun98, de ajustar a norma às necessidades do País, garantindo àqueles, de modo expresso, a mesma proteção, “na forma da lei”.

Nada obstante a clareza da disposição, precisa e, como cabe a norma de seu porte, concisa, e, ainda, sendo evidente que a Administração, invariavelmente, declara cumpri-la, em preâmbulos e fundamentações de atos de menor hierarquia, é também bastante claro que, em verdade, dela se tem feito tábua rasa, com a edição, a manchetes, de decretos, editais,

regulamentos e atos outros, de menor dignidade jurídica, onde são estabelecidos requisitos e impostas restrições ao acesso aos cargos públicos, ao talante do administrador, com propósitos nem sempre honrosos ou em favor do serviço público. Pretende-se, às vezes, por diversas formas, que a criatividade maligna sugere, apadrinhar pessoas ou grupos, como forma de burlar a regra constitucional, já que não se pode, com facilidade, revogar a disposição.

Ressalte-se que não se pretende, aqui, abordar o mérito das exigências, mas unicamente a sua forma, posto que feita, em grande parte das vezes, por meio impróprio.

Tampouco se quer fazer um estudo aprofundado sobre o tema “concurso público”, mas tão-somente abordar, sob o aspecto jurídico-positivo, a questão da imposição de restrições ao acesso aos cargos públicos, que ocorre, efetivamente, dentro de tais certames, podendo referir-se a requisitos para a inscrição, para participação no processo, ou para a posse no cargo disputado. Sustentaremos, aqui, a necessidade de lei no sentido estrito, formal, cuja observância, quando existente, ou concretização, quando *de jure constituendo*, não tem sido feita por significativa parte da Administração Pública, em todos os seus níveis, em nosso País.

Surge, diante do presente questionamento de ofensa ao preceito, a alegação invariável de que não teria a Carta Magna firmado o princípio da reserva legal, isto é, de que qualquer ato normativo, ainda que não produzido na forma estipulada no art. 61 e seguintes da Constituição Federal - e seus correspondentes nas Carta Estaduais e Leis Orgânica Municipais, poderiam estipular requisitos ao acesso aos cargos públicos.

Lamentavelmente para os senhores administradores públicos apressados, ultrapoderosos, ou descuidados, e seus nepotes, não é bem assim!

Estariamos, a prevalecer o hábito do administrador de fixar, por ato individual, os requisitos para acesso aos cargos, diante de um caso típico de ilegalidade, a que a doutrina administrativista chama de abuso de poder¹ em face do regramento do Direito Público, que não permite a prática de ato não previsto na norma. “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.²

2. Considerações iniciais

Por certo uma reflexão sobre as assertivas contidas no primeiro item ecoará com maior pujança após a leitura das considerações que serão feitas a seguir, mas, para um

¹ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Atos administrativos*, p. 215), leciona que no excesso de poder “a administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas”.

Vê-se, na hipótese em análise, o favorecimento de interesses, na medida em que se retira, de parcela dos concorrentes, por meio ilícito, a faculdade, constitucionalmente assegurada, de participação nos concursos públicos.

² Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 82-83.

perfeito passeio sobre a questão, é necessária uma abordagem preliminar acerca das razões que levam a Administração, em todas as suas esferas e de forma tão explícita, a freqüentemente não cumprir a norma constitucional, na forma sugerida no subtítulo deste trabalho. Também há que se tratar, ainda que de modo incipiente, para sistematizar a explicação, das razões que colocam os cidadãos prejudicados com a aludida conduta do Estado em posição de passividade, numa onerosa letargia que macula o próprio título de “sujeito de direitos”, e estimula a arbitrariedade.

O administrador, muita vez, transporta para o exercício do seu *munus* público, uma parcela de personalidade extremamente nociva, e pretende, ornado e glorificado pelas vestes do Estado, praticar atos desvestidos do necessário regramento, característica esta inseparável dos feitos de gestão da *res publica*. Desorienta-se, assim, nos limites do poder discricionário, confundido amiúde com a arbitrariedade, conduta extremamente perdiosa para a cidadania e ofensiva ao interesse público.

E assim procede, nalgumas vezes, por mais estranho que possa parecer, movido pelo interesse na obtenção de imediata eficiência administrativa, com sua íntima moral acrisolada pelas boas intenções de bem servir, o que não elide a reprovabilidade do ato. Noutras tantas, move-o o abominável escopo de privilegiar esta ou aquela classe, por quem mantém favoritismo, quando condiciona o acesso aos cargos públicos à satisfação de determinado requisito que só aquele grupo possui, ou simplesmente, mesmo não exigindo inexoravelmente aquela condição, conferindo vantagens aos que nela se encontrem, por meio da utilização da máscara de pontuação em prova de títulos. Há, ainda, a mais execrável forma de restrição ao acesso aos cargos públicos, que consiste em pretender o favorecimento de pessoa ou pequeno grupo de pessoas, através de exigências especificamente direcionadas, num misto de arbitrariedade e reconhecimento do despreparo dos apaniguados, pelo evidente temor da concorrência, em postura que beira o nepotismo. O folclore administrativo, mormente nos rincões mais provinciais, é promissor em exemplos, como o do concurso para provimento do cargo de piloto de avião em que se exigia que tivesse o interessado um determinado número de horas de voo em aeronave de certo porte, e, naquele Estado, somente o profissional que já exercia, sem concurso, a função, o possuía, além dos pilotos que, empregados nas grandes companhias aéreas, nenhum interesse tinham pelo cargo.

O que leva, por outro lado, a vítima da inconstitucionalidade ao silêncio, à impassibilidade, diante de tão grave ofensa aos seus direitos? O que compensaria jogar no lixo anos de estudo, sacrifícios pessoais, desgastes físicos e mentais, gastos com cursos preparatórios, para manter-se apático um candidato que, em decorrência do próprio aprendizado que obteve, tem a mais nítida consciência de que fora agredido sem escrúpulos?³

³ Entendemos caber, mais do que aos órgãos legalmente obrigados, ao cidadão provocar medidas judiciais contra os abusos na seleção por concurso público. Esequias de Oliveira, Procurador do Trabalho na 5ª Região, em artigo publicado no Jornal A TARDE, de Salvador, edição de 27.04.95, p. 6, sob o título “Concurso público”, ao defender a “fiel observância” dos princípios que regem os certames, considerou a contratação de apadrinhados um “espetáculo degradante de fisiologismo e falta de escrúpulos que urge ser abolido, quer por postura ética do administrador, quer por fiscalização e correções provocadas pelos administrados.”

Poucas são as chances de compreender tal pusilanimidade, mas buscaremos destrinchá-las a partir de posturas adotadas em relação a fatos semelhantes aos aqui estudados.

Ousamos tratar, como a principal das razões do silêncio do ofendido, da covardia, ou, para usar a expressão que o seu intelecto, buscando a necessária paz para prosseguir na luta pela aprovação num concurso público, remete à consciência, digamos, em lugar de covardia, a sapiência, a esperteza, consistente em não se opor em demanda contra um órgão ou instituição que irá, caso se obtenha sucesso, julgar, por meio da comissão do concurso, o seu desempenho nas provas, ou o atendimento de outros requisitos, por vezes avaliados com necessária carga de subjetividade. Também uma contenda ocasiona o temor da intranqüilidade durante o exercício do cargo, mesmo que não tenha sido provido por força de ordem judicial de caráter precário.

Outro fator de afastamento, do pretendente ao cargo, das vias judiciais, ou até mesmo administrativas, é o desconhecimento da existência da proteção jurídica, e a conseqüente descrença num julgamento favorável, mormente quando se divulga a incorreta idéia de que não pode o Poder Judiciário modificar critérios estipulados pelas bancas examinadoras ou pelas comissões de concurso. Também há casos em que se presume que a ilicitude não será corrigida, após a provocação, em razão da prevalência de interesses políticos em relação à aplicação do Direito. O que se tem observado, em especial nos concursos realizados sob a responsabilidade de instituições conceituadas, é que se prefere corrigir os equívocos a expor o certame a uma anulação posterior, com sérios prejuízos, em vários aspectos. Teme-se, também, que com a insistência em evidentes ilegalidades, seja a entidade conduzida ao descrédito público, auferindo fama como patrocinadora de fraudes, já que muito dificilmente acreditar-se-á que a postura do administrador funda-se apenas em inocente ignorância, considerando-se a existência das assessorias jurídicas dos órgãos públicos, aptas a dar-lhes a necessária orientação.

3. O instituto do concurso público

Não se contesta que, como meio de seleção de interessados em ingressar no serviço público, a idéia da seleção aberta é a que mais se aproxima da perfeição. Disso decorreu a histórica preocupação do constituinte brasileiro com o tema, merecedor de elevado *status* desde a primeira Carta da República.

Várias foram as meios utilizados, ao longo da História, para a seleção de pretendentes aos cargos públicos, figurando entre eles o sorteio, a herança, a livre nomeação absoluta e a livre nomeação relativa. A utilização do concurso foi desenvolvida na França, a partir de Napoleão, ocorrendo, no início, como não poderia deixar de ser, duros questionamentos acerca da novidade. Prevaleceu, no entanto, tal processo, adquirindo progressivamente força, em razão das incontáveis vantagens em relação aos demais métodos.

Optamos por colher do magistério de José Cretella Júnior o conceito de concurso, que o considera “a série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham para a obtenção de uma

ou mais vagas, em que se submetem voluntariamente aos trabalhos de uma comissão examinadora”⁴.

Nos tempos hodiernos, com o fantasma do desemprego levando intranqüilidade aos lares, é acirrada a disputa por uma vaga no serviço público, sempre precedida de longos períodos de abnegação, onde se prioriza a dedicação ao estudo, resultando, no mais das vezes, na aprovação daqueles que, ao menos em tese, detêm as melhores condições para a ocupação do cargo, e, por conseguinte, benefícios à Administração Pública e à sociedade⁵.

Na esteira desse fenômeno social, surgiu a crescente indústria dos concursos, que engloba cursos preparatórios, edição e comércio de material de estudo (manuais, livros, revistas), jornais especializados em notícias sobre o tema, normalmente com periodicidade semanal, além do chamado “turismo de concurso”, que consiste na organização de excursões para a realização de provas em cidades afastadas.

Nada obstante a relevância que tem o instituto, não cuidou, ainda, o País, de regulamentar a matéria com a atenção que merece, deixando que exista, entre a Norma Maior e o edital do concurso, uma lacuna que nem sempre é ocupada pelos estatutos de pessoal, ou pelas leis especiais pertinentes ao ramo do conhecimento vinculado aos cargos.

4. Princípio da legalidade e princípio da reserva legal

A doutrina brasileira é profícua na elaboração de trabalhos sobre o princípio da legalidade, fenômeno que resultou, certamente, da contraposição dos regimes autoritários, que permeiam a nossa História, à liberdade democrática, que apenas em poucos momentos da república foi vivida com a intensidade desejada. Tal princípio, que materializa o propósito político de submeter a certos limites os detentores do poder, coibindo-lhes a prática de atos voltados para a satisfação de interesses particulares, talvez não tenha encontrado, no nosso meio, maior estudioso que Celso Antonio Bandeira de Mello.⁶

Da sua lição colhemos o ensinamento de que, justamente pelo fato de ser a lei oriunda da decisão coletiva dos representantes de todas as tendências, inclusive as minoritárias, é que espelha ela o interesse geral. Daí a sua força, evidenciada pela importância dos temas que a

⁴ *Dicionário de Administrativo Brasileiro*, p. 144.

⁵ Combatendo a outorga de vantagens a protegidos, tratando de concurso público, leciona Diógenes Gasparini: “Por ele se afastam os inábeis e os indicados por figuras proeminentes do mundo administrativo, social e político, e prestigia-se os mais aptos à satisfação dos interesses da Administração Pública.” (*Direito Administrativo*, p. 128).

⁶ Como sustenta o Mestre da PUC de São Paulo, “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro”. (*Curso de Direito Administrativo*, p. 48)

Carta Magna a ela encaminha. O que a nutre de isenção é o fato de ser abstrata e impessoal, não visando a reger, portanto, situações concretas, com o que dar-se-ia ensancha à prática de favoritismos e perseguições.

A Carta Magna de 05out88, no art. 5º, inciso II, dispõe sobre o princípio da legalidade, estabelecendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei⁷. No entendimento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, trata aqui a Norma Maior mais de uma garantia constitucional do que de um direito individual, nada obstante a localização do dispositivo, posto que, em verdade, não se tutela uma certo bem da vida, mas sim busca-se proteger o indivíduo das imposições estatais que não decorram de norma construída de acordo com o rigoroso processo legislativo.⁸

Especificamente quanto ao tema em pauta, diz a Carta Magna:

*“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:*

*I - Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em **lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”*

Como é cediço, vem sendo da tradição do nosso Direito Constitucional o princípio de que somente lei pode criar cargo público e estabelecer os requisitos e condições de seu provimento, e disso não se afastou o texto atual, como se vê na transcrição supra.

Nada obstante a clareza da norma, o que se vê, ainda em nossos dias, é que os órgãos promotores de concursos públicos para provimento de vagas, exorbitando de sua função administrativa, no caso limitada pela Lei Maior, invadem competência privativa do Poder Legislativo. Sim, porque ao estabelecer, sem que qualquer norma legal, ainda que questionável, lhe atribuísse tal competência, que deve atender o interessado este ou aquele ditame, incorre a Administração em imperdoável ofensa à Constituição, o que configura grande contra-senso, mormente quando se trate do Poder Judiciário ou do Legislativo, em exercício de função atípica, de administração de pessoal.

É que, ao criar as restrições quando lhe falte competência constitucional para instituir limites à participação de interessados, a Administração Pública viola também o **princípio da acessibilidade**, que só comporta restrições criadas por lei formal, e não por regulamentos ou editais de concurso, como adiante será esmiuçado.

⁷ Idêntica disposição, com estrutura diversa, já se inseria na Constituição do Império de 1824 (art. 179, parágrafo 1º). Repetiu-se na Republicana em 1891 (art. 72, parágrafo 1º), na Carta de 1934 (art. 113, inc. 2), 1946 (art. 141, parágrafo 2º), 1967 (art. 2º) e na Emenda Constitucional 1, de 1969 (art. 153, parágrafo 2º).

⁸ Comentários à Constituição do Brasil, 1992.

Desatende, pois, o infrator do preceito, mais do que o imprescindível e genérico **princípio da legalidade**, o **da reserva legal**, que no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, se diferencia daquele em virtude de que, nesse caso, o legislador “deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade”⁹.

Em precaução a um possível entendimento de que, no inciso I do art. 37, não teria a Constituição firmado a reserva legal, há que se aludir ao conceito de lei, que no dizer de Michel Temer é o ato normativo produzido pelo Poder legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional¹⁰.

O doutrinador, ao usar expressões técnicas, por vezes descuida-se de ressaltar a sua acepção, olvidando que a sua obra não tem destino apenas no labor dos que possuem formação jurídica. Tal não ocorre com José Afonso da Silva, que conhece a amplitude do público alcançado pela sua obra¹¹.

Mesmo no que pertine ao conceito de *atos equiparados*, como substitutos da lei, ressalte-se que não são estes os utilizados pelo Administrador que ultrapassa os limites que a Constituição impõe. Após afirmar que “a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59-69)”, o mesmo autor explicita o que se concebe como ato equiparado a lei, afirmando haver “casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva, não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um 'ato equiparado', e ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro atual, serão apenas a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos.”¹²

Apesar de pouco levado a discussões, pelos motivos já tratados, em especial pertinentes à opção dos principais interessados, os candidatos a cargos públicos, há ainda os que se colocam contra o entendimento aqui esposado, alegando constituir, a limitação constitucional, um entrave à Administração de Pessoal. Não trazem, no entanto, argumentos que possam aperfeiçoar o estudo do tema e temperar os debates. Sem desmerecimento das opiniões em contrário, entendemos que tratar de equivocado o juízo de que só a lei, no seu caráter formal, poderia impor requisitos para o preenchimento dos cargos, equivale a posicionar-se contra a Constituição Federal, tendo esta ao seu lado toda a plêiade de seus intérpretes e a unanimidade da jurisprudência superior.

⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 369.

¹⁰ *Elementos de Direito Constitucional*, p. 149.

¹¹ De forma bastante didática e cuidadosa, o constitucionalista elucida o tema: “Tem-se, pois *reserva de lei*, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada”. (op. cit., p. 370)

¹² op. cit., p. 369.

E não se confunda a condição de entidade colegiada que detém alguns órgãos responsáveis por concursos, na forma de cada legislação (Conselho ou Colégio de Procuradores, Tribunal de Justiça, Mesa Diretora de Assembléia Legislativa, ou simplesmente a provisória comissão de concurso, para tal fim unicamente constituída), com a de Poder Legislativo, como parecem sugerir algumas normas editalícias. De modo descuidado, e no tentame de descaracterizar a sua impossibilidade legal de legislar neste caso, ante uma impugnação por via judicial, a comissão poderia dizer que a norma é válida porque provinda de um órgão colegiado, circunstância, sem dúvidas, irrelevante para a definição da competência material.

Quando querem os Poderes disciplinar concursos para a admissão de funcionários, o fazem, licitamente, por meio de edital de concurso ou regulamento. Mas não devem estender o alcance de tais normas, impondo requisitos que restrinjam o acesso de algumas pessoas. Isto pode e deve ser feito, mas o meio próprio é a lei no sentido formal, em que a generalidade e abstração garantirão a impessoalidade. Deve o regulamento impor as obrigações que não venham a importar em restrições à acessibilidade ao cargo, tais como: local, horário das provas, taxa de inscrição (no limite do percentual estabelecido pela lei, para não redundar em restrição), período de inscrição, conhecimentos exigidos, prazo de validade (art. 37, III e IV da CF), enfim, tudo o que seja permitido a todos atender. Querendo, porém, a Administração, impor normas restritivas, que deflagre o processo de produção legislativa, deixando a cargo do poder próprio conduzi-lo, como estipula a Constituição.

Também não se pode dizer que os candidatos se sujeitam às normas, aceitando-as como válidas, no momento em que se inscrevem no concurso ou assinam qualquer declaração de plena concordância com elas, o que é muito comum nos processos seletivos e, efetivamente, exerce função intimidativa, quando se ocasiona a necessidade de reparação judicial de atos da comissão do concurso. Nem mesmo para os contratos privados, sob a forma de adesão, vale esse equivocado entendimento. Afinal, sem assinar os documentos impostos, nenhum candidato pode se inscrever no certame. Estaria, pois, a vontade viciada, em face de falta de opção de conduta.

Entendendo de outra forma, estaríamos no Direito Privado, onde reina a liberdade para contratar, e onde uma parte, normalmente a mais forte, impõe condições que a outra tem que aceitar, se pretender seguir na relação jurídica.

A vinculação do serviço público ao primado da lei é inexorável, não comportando manifestação do administrado no sentido de ceder o que quer que seja, especialmente quando é violada a norma de Direito Público¹³.

¹³ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *in Direito Administrativo*, p. 61, assim leciona:

“Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

...

Em decorrência disso, a Administração não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, sempre oportuno, citando Renato Alessi, ensina que “a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer restrições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.”¹⁴

5. A Carta Magna e a acessibilidade aos cargos públicos

Como visto acima, o art. 37 da Carta Magna, após elencar os princípios da Administração Pública, tendo como primaz o da **legalidade**, comete, no inciso I, **à lei** o estabelecimento dos requisitos para a acessibilidade aos cargos públicos.

Ocorre que, muito frequentemente, não trilha a Administração Pública o caminho da norma constitucional. Ao contrário, movido pela necessidade de compor seus quadros, e ante a inexistência de texto legal adequado, na forma imposta de há muito pela Constituição, opta por, mediante atos de menor dignidade jurídica, estabelecer os requisitos para o acesso ao cargo que se quer prover.

Incorre, destarte, em ofensa à norma constitucional.

Na esteira da Constituição, a Lei 8.112/90, o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, determina, no parágrafo 1º do art 5º, *que sejam estabelecidos em lei os requisitos* cuja exigência se justifique pelas atribuições do cargo.

Sofre, assim, em se tratando de concurso na esfera federal, igual agressão o texto do estatuto.

De fácil conhecimento é a lição dos doutos acerca do tema, em que pese a timidez com que sobre ele se discorre. Os estudiosos que trataram do tema entendem que a palavra “lei” no art. 37, inciso I, Da Constituição, e no texto da lei ordinária aludido, refere-se a “*ato normativo emanado do Poder Legislativo*”, “*lei no sentido formal*”, “*ato normativo aprovado sob procedimento específico pelo legislativo*”, “*lei no sentido estrito, formal*”, “*lei ordinária*”, ou “*lei votada pelo Poder Legislativo*”.

Objetivando afastar interpretações tendentes a vislumbrar na exigência de lei formal, a possibilidade de interpretação leiga da Constituição, enfatizam os doutrinadores, como sucedâneos impróprios e absolutamente inadequados os “*atos subalternos*”, “*editais de concurso*”, “*atos de menor dignidade jurídica*”, “*atos administrativos*”, “*decretos*”, “*qualquer outra norma que não a lei*” e “*os regulamentos*”.

Outro não poderia ser o entendimento, haja vista a base doutrinária em que se especam. CARLOS MAXIMILIANO, em sua clássica obra sobre interpretação, já advertia, no capítulo dedicado ao Direito Constitucional, sobre a importância da correta aceção das

¹⁴ Curso de Direito Administrativo, p. 48.

expressões científicas na interpretação das normas de Direito Público, quando, entre os leigos, possua ela outro significado, que não deve ser empregado¹⁵.

Diante do exposto, aparentemente não há problema a enfrentar. É clara a norma, não há maiores dificuldades em sua aplicação e, por conseqüência, a garantia constitucional é respeitada. Não. O que se vê, na grande maioria dos casos, é o contrário: Disposições atrabiliárias, formuladas por simples ato administrativo, sem suporte em lei, muitas vezes apanhando de surpresa as pessoas, obstando a participação delas nos concursos, com modificações de conteúdos de editais anteriores para o mesmo cargo, causando sérios prejuízos em duas esferas, e em ambas prevalecendo a omissão dos que, legal ou moralmente, seriam obrigados a increpar de nulos os atos de tal forma praticados.

Na primeira delas, a esfera do interesse individual, é jogado por terra, ou ao menos adiado, o sonho de ingresso na carreira pretendida, ocasionando frustrações sociais, com reflexos, muitas vezes, na saúde do indivíduo, além de prejuízos materiais, já que houve um investimento, com o pagamento de cursos preparatórios, a aquisição de material de estudo, e o sacrifício da dedicação ao estudo, com a restrição da liberdade e do lazer. Tudo, no mais das vezes, fica como está. Não adota o prejudicado qualquer medida, seja em que esfera for, preferindo optar por outra carreira, ou, quando possível, adquirir a condição imposta pela norma do concurso. Evita-se uma contenda até pela incerteza da aprovação, com o que perder-se-ia o objeto da demanda.

Infelizmente, em nosso País, nem mesmo nas escolas jurídicas têm sido incentivado o exercício da cidadania como forma de crescimento humano e aquisição de respeito. A objetividade das ações, com feições predominantemente patrimoniais, é o que tem prevalecido.

Na outra esfera, a do interesse coletivo, o dano reside no fato de que, impedida, por meio inconstitucional, de participar do processo seletivo uma representativa parcela de interessados, inequivocamente resultará dano à Administração Pública, na medida que poderia esta, respeitando-se o princípio da acessibilidade, incluir em seus quadros servidores mais capacitados. Ou seja, com a ofensa à norma, o Estado desembolsará idêntico valor a título de vencimentos e outras despesas, e terá como contraprestação um serviço de menor qualidade.

Neste último caso, caberia ao Ministério Público a provocação do Judiciário, através de Ação Civil Pública, para o ajustamento do ato administrativo aos ditames legais e constitucionais, na forma determinada pelo art. 129, inciso III, da Constituição Federal, e pelo art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85.

Muito em razão de não chegar ao conhecimento de seus órgãos os atos violadores do princípio da acessibilidade aos cargos públicos, não tem o *parquet* cumprido, a contento, neste particular, as suas funções.

¹⁵ “Em geral, no Direito Público se emprega, de preferência, a linguagem técnica, o dizer jurídico, de sorte que se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermeneuta no sentido da primeira.” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 369)

Numa das raras oportunidades em que agiu em defesa de tal interesse o Ministério Público, o sucesso da ação foi absoluto. Em 1994, o Ministério do Trabalho lançou edital objetivando prover, por meio de concurso público, cargos vagos de Fiscal do Trabalho. Já havia bastante tempo que se aguardava o início do certame, e sendo um cargo por muitos desejados, até mesmo por pessoas com formação em áreas como Medicina, Engenharia e outras com campo de trabalho mais restrito, causou grande surpresa a disposição de que só poderiam participar do concurso os diplomados em Direito, Administração, Ciências Contábeis e Atuariais. Várias ações foram propostas, em Estados como Santa Catarina, Bahia e Ceará, sendo que, nesta última unidade, na Ação Civil Pública nº 84.001.1011-1, foi concedida a primeira das ordens liminares, determinando o recebimento de inscrições de todos os candidatos, o que foi comunicado, pela Coordenação Geral de Recursos Humanos do Ministério do Trabalho a todas as Delegacias do Trabalho, não tendo a União Federal recorrido da decisão, acatando-a em seus termos, e estendendo a participação de todos os portadores de nível superior, já que a lei assim trata o cargo. Infelizmente, em virtude da exiguidade do prazo de inscrição, muitos não tomaram conhecimento da mudança de critério, deixando de participar do certame.

Na remessa *ex-officio* nº 554687, procedente da Paraíba, em Mandado de Segurança alusivo ao mesmo episódio, decidiu, por unanimidade, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de acordo como entendimento aqui esposado¹⁶.

Inaceitável, mas relativamente comum, é que juízos singulares e tribunais inferiores façam interpretação leiga de um dispositivo Constitucional, estendendo a acepção técnica da expressão *lei* a ponto de confundi-la com atos de nítida incompatibilidade jurídica para o fim a que se propõe.

Pode, é certo, a Administração eleger requisitos necessários ao cargo, como a área de formação profissional adequada para as atribuições a serem desempenhadas, mas tal estipulação, em nível normativo, por imposição constitucional, deve passar pelo crivo do Legislativo - poder coletivo legiferante - e tomar a indispensável forma de *lei no sentido estrito*¹⁷.

16 Diz a ementa do acórdão, publicado no DJ de 13.12.96, p. 96.963:
“Mandado de Segurança para assegurar a posse em cargo de Fiscal do Trabalho, não obstante os impetrantes não portarem os graus acadêmicos exigidos em norma editalícia regente do concurso respectivo. Inoperância, por inconstitucional, da referida imposição. Supremacia da Carta Magna.

1. Somente a Lei em sentido estrito, ou seja, o ato normativo emanado do Poder Legislativo, tem a virtude de criar restrições de direitos ou impor obrigações, tal como a especificidade da escolaridade de nível superior, para o acesso aos cargos públicos, sendo as normas veiculadas através de provimentos subalternos desprovidas de tal potestade.
2. É incompatível com o art., 37, I, da Carta Magna, a disposição contida no item 3.6 do edital 1/94 do Ministério do Trabalho, regente do certame público para o preenchimento de cargos de fiscal do trabalho, que exige a graduação superior em Administração, Direito, Ciências Econômicas ou Ciências Contábeis e Atuariais como requisito ao exercício do referido cargo. Eis que tal norma editalícia não encontra suporte em lei, e o Decreto 88355/83 não lhe fornece supedâneo jurídico suficiente, por se tratar de norma meramente executiva.
3. Remessa improvida.”

¹⁷ Em lúcida lição, simplificam o entendimento Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, ao comentarem o art. 37, inciso I, da Carta Magna. Op. cit, 3º volume, p. 59:

Um breve passeio pela história dos textos legais, conducentes à boa exegese, também levam à mesma conclusão, acerca da necessidade de lei formal no caso.

É de notar, sem esforço, que o princípio da legalidade, pelo qual ora se propugna, habita a nossa Lei Maior desde os seus primórdios, com a previsível e condenável exceção da Carta de 1937, como já se pôde ver neste trabalho (nota de número 7).

Também naquele diploma se encontra a exceção à regra de permitir que somente a lei imponha requisitos ao acesso aos cargos públicos.¹⁸

Nítido é, pois, o objetivo da disposição contida na Carta Política de 1937, imposta em meio a tendências nada democráticas, onde o Estado de Direito sucumbiu ante a força do autoritarismo. Não cabia tal dispositivo naquela Constituição. Ofendeu-se o princípio da legalidade, e fez-se o executivo sobrepujar os outros poderes.

A Constituição Cidadã, mais que qualquer outra, precisa da norma (art. 37, inciso I)¹⁹. Imensurável absurdo é a sua quebra nos dias atuais, especialmente se o ato é praticado pelos órgãos aos quais incumbe aplicar o Direito.

Estaríamos, com a aceitação da forma usual de estipulação de requisitos para a participação em concursos públicos, a absorver a regressão jurídica a um vergonhoso e breve vácuo de soberania popular na História Brasileira, com o sufocamento de uma das colunas do Estado Democrático de Direito, posto que de clareza solar eram os maléficos propósitos políticos de que decorreu a atribuição ao executivo de tão preciosa normatização, furtada do parlamento.

A bem da verdade, um dos maiores prejudicados naquele sistema era o Poder Judiciário.

O maior dano, porém, da improcedente normatização, repercute no passado, atingindo as universais idéias de Charles Louis de Secondat, o MONTESQUIEU²⁰.

“Aos atos administrativos, como executores da lei, cabe, sem dúvida, trazer minúcias e pormenores que a lei pelo seu nível de generalidade e abstração não comporta. Mas parece-nos que o Texto Constitucional exige de forma insubstituível a lei para enunciar originariamente as exigências cabíveis.” (grifamos)

18 Pontes de Miranda aborda o tema com a maestria que lhe é peculiar:

“Pressupostos que a ‘lei’ estabeleça - A palavra lei, no art. 168 da Constituição de 1934, no art. 122, 3 da Constituição de 1937, e nos textos de 1946 e 1965, como no art. 128 da Constituição de Weimar, é de lei no sentido material, e não só no sentido formal. *Todavia, será sempre preciso que se cogite de lei no sentido formal.* Não bastará qualquer fonte de direito, pois só o poder legislativo tem autonomia para isso. **Notava-se, a respeito, a explicitude do texto de 1937: ‘leis e regulamentos’.** Desde 1946, e de 1967, só a lei pode determinar. Se algo se deixa à regulamentação, que devesse ser lei, há *delegação legislativa* (Art. 6º, parágrafo único). (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969, pág 465). (grifamos)

19 Comentando o inciso I do art. 37 leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Trata-se de uma das mais importantes aplicações do princípio da igualdade perante a lei. Igualmente uma das mais sensíveis conquistas da democracia.” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume 1, p. 245)

Utilizando a exemplificação do absurdo, como meio de facilitar a compreensão, tomemos no sentido leigo – significando qualquer ato normativo, a expressão *lei*, apenas em alguns incisos do art. 37 da Carta Magna, formulando os seguintes questionamentos:

- a) Pelo disposto no inciso II, pode um edital ou decreto declarar determinado cargo como de livre nomeação e exoneração?
- b) E quanto aos casos de contratação por tempo determinado, a que se refere o inciso IX? Teria sido inútil o trabalho do Executivo e do Legislativo na produção da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, já que, conforme o procedimento usual que aqui se condena, a Administração poderia legislar? Não decorreu, o trabalho, de cumprimento da Norma Constitucional?
- c) Ou teria, no inciso I, a expressão *lei*, sentido diferente do dos demais incisos?
- d) Qual seria a razão de a Norma Maior aludir a “edital”, no inciso IV do mesmo artigo?
- e) E quanto ao inciso III, qual a razão para a omissão quanto ao meio normativo adequado para estabelecer o prazo de validade do concurso?

Com relação aos dois últimos questionamentos, percebe-se que, neles, não há reserva legal. *Aí está a diferença entre lei e edital.*

Evidente é o significado da expressão *lei* no inciso I do art 37. Tamanha é a sua força, que a doutrina especializada classifica tal circunstância como *reserva absoluta*²¹.

O que se vê, no entanto, na Administração Pública, é a estipulação, por meio de editais e regulamentos, de requisitos de caráter restritivo, a cuja satisfação é condicionada a participação dos interessados nos certames.

Há que se ressaltar, por fim, que, mesmo sendo estipulada a restrição por meio de lei formal, cabe ainda a análise da razoabilidade do seu conteúdo e o seu alinhamento aos demais princípios constitucionais. Há casos em que a exigência legal, não sendo justificável, pelo seu excesso de rigor, ou por reduzir excessivamente o universo de candidatos, ou, ainda, por ferir dispositivo constitucional, tem a sua reforma determinada pelo Judiciário.

²⁰ Afirma JOSÉ LUIZ DE ANAHAIA MELLO, em sua obra *DA SEPARAÇÃO DOS PODERES À GUARDA DA CONSTITUIÇÃO*, que "há separação para garantia da liberdade", e que "a separação de funções é meramente uma técnica; a separação de poderes é substancialmente política". (p. 11 e 12)

JOHN LOCKE, cuja obra a respeito da tripartição precede a de MONTESQUIEU, citado pelo mesmo autor, bem ressalta a grandiosidade da função que busca, nas hipóteses aqui abstratamente condenadas, a Administração Pública usurpar:

"Admitiu três poderes: O Executivo, o Legislativo, ...' the supreme power ', e o Federativo". (p. 16)

²¹ Em aperfeiçoada precisão, distinguindo entre as categorias de reserva de lei, sob o ponto de vista do vínculo imposto ao legislador, JOSÉ AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 370, exemplifica:

“É absoluta a reserva constitucional da lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra norma infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: ‘a lei regulará’, ‘a lei disporá’, ‘a lei complementar organizará’, ‘a lei criará’, ‘a lei poderá definir’ etc.”

A jurisprudência brasileira é recheada de acórdãos que reconhecem o descabimento de exigências, mormente quando discriminatórias, sendo muito comum a referente à idade. Com efeito, sendo o vigor físico da natureza do cargo, com só acontecer, *v. g.*, com as funções policiais, admite-se a limitação, desde que em níveis razoáveis.

A respeito da oportunidade da satisfação do requisito, há, também, que se tecer considerações, tal a frequência com que os editais exigem a prévia comprovação das circunstâncias. Ora, o atendimento dos requisitos tem por razão o provimento do cargo, devendo, portanto, somente nesse momento o candidato comprová-lo. Antes da posse é ele apenas um concorrente, não podendo ser exigida, enquanto detém tal condição, qualificação específica²².

6. Conclusões

A idéia de produzir o presente trabalho surgiu da constatação de que o princípio da acessibilidade aos cargos públicos, sagrado direito do cidadão e importante meio de proteção aos interesses da Administração Pública, contra os desmandos tão comumente praticados, não tem sido respeitado.

Ousamos sugerir, com base nas informações trazidas a lume, que se trata da mais comum ofensa ao texto constitucional em nosso País, entre as que permanecem sem reação dos a ela obrigados, sejam os ofendidos, seja o Ministério Público, sejam os responsáveis pelo controle interno da Administração.

Imperceptivelmente grassa nos órgãos públicos o ingresso de pessoas sem a necessária qualificação para o cargo que ocupa, sem que se possa culpar a sociedade, como fornecedora de mão-de-obra, pela má qualidade dos selecionados. Não têm surtido efeito os mecanismos legais de verificação de conduta profissional dos servidores, em especial em virtude da cultura da impunidade, que campeia em nosso País, mormente nos meios estatais, e da supervalorização do instituto da estabilidade. Ocupa lugar de destaque, ainda, a falta de compromisso do administrador, no mais das vezes vinculado a interesses político-partidários.

Resta, portanto, como mais eficaz processo de qualificação do serviço público, o óbvio: a aplicação das regras constitucionais que há muito necessitam de cumprimento, em favor do interesse coletivo.

Entre elas, a aqui defendida, consistente na imposição de restrição ao acesso aos cargos públicos apenas por meio de lei no sentido formal, desprovida que é da pessoalidade que conduz ao favorecimento de grupos ou indivíduos.

22 A ementa do acórdão nº 05216914, do TRF da 5ª Região, publicado no DJ de 31.01.97, p. 3.971, contém:

“Registro do Diploma de Bacharel em Direito ocorrido há mais de dois anos como requisito para inscrição. Requisito exigível só no momento da posse, se aprovado no processo seletivo. Funcionalidade da exigência. Posse no cargo. Princípio da igualdade. Art. 3º, IV, da CF/88.”

Urge, como medida de elevada importância, a edição de texto legal que padronize normas editalícias e que estipule os requisitos exigíveis dos pretendentes aos cargos mais importantes ou disputados em nosso País. Um ponto preocupante é o referente ao prazo de inscrição, que não chega a ser absolutamente restritivo, mas a depender das condições do local onde resida o interessado, pode configurar fator impeditivo de sua participação no certame. Alguns editais estipulam prazo superior a trinta dias, enquanto que outros aceitam inscrições apenas durante cinco dias, num verdadeiro disparate. Tal norma também poderia servir para regular a submissão dos candidatos a exames psicológicos em certos concursos, muitas vezes realizados sem o devido respaldo científico, e usados para eliminar os desapadrinhados. Imensa é a massa de pessoas que cruzam o Brasil na luta pelos concursos da magistratura, Ministério Público, Procuradorias, Receita Federal e dos Estados, entre outros, que não pode estar à mercê do grau de honestidade dos poderes que os promovem. Também carece de normatização o sistema recursal dentro dos concursos, haja vista o freqüente desatendimento dos princípios da duplicidade de instância, do devido processo legal, do direito de petição, etc.

Tal necessidade já foi abrandada, na esfera da Justiça do Trabalho, através da aprovação, pelo Órgão Especial do TST, da Resolução Administrativa nº 73/91, que, no entanto, não supriu a necessidade da existência de lei, para a hipótese constitucionalmente exigida, de imposição dos requisitos restritivos. Prova disso é que a alínea “h” do § 1º do art. 9º, que exigia, sem respaldo em lei, prática forense de dois anos, teve a sua eficácia suspensa pela Resolução Administrativa nº 174/95, do mesmo Tribunal, o que também ocorreu com a exigência de “exame psicotécnico ou entrevista”, imposta pelo § 4º do art. 15.

Cumpra, demais disso, enquanto não for dada a competência legislativa à União, ao poder executivo em todas as esferas regular o assunto, e encaminhar os projetos de lei necessários ao regramento, nos moldes constitucionais, da atividade de seleção de pessoal. Há que se ressaltar que a competência da União já é garantida pela Constituição Federal em relação aos militares dos Estados (art. 22, inciso XXI) e aos policiais civis (art. 24, inciso XVI), sendo, em relação aos primeiros, privativa, e, aos segundos, comum, devendo, em ambos os casos, tratar de normas gerais.

Compete, portanto, aos órgãos da Administração Pública, quando na atividade de seleção de pessoal, mormente enquanto não se adota a sugerida medida *de lege ferenda*, respeitar as disposições constitucionais acerca do tema, não impondo requisitos restritivos por meio de norma de caráter infra-legal, sob pena de anulação judicial do certame, como sói acontecer nas hipóteses em que se persegue tal proteção.

Há que ter em mente o administrador que não se pode reduzir, com imposições desprovidas de razoabilidade, a quantidade de participantes nos concursos, ainda que por meio de lei, pois restará, desse modo, mitigado o princípio da universalidade que o caracteriza.

Também se evidencie, por fim, que os requisitos que ocasionem restrição ao acesso ao cargo público, consoante entendimento dos Tribunais, devem ser satisfeitos no momento da posse, e não da inscrição no certame, haja vista a desnecessidade de atendimento das exigências por alguém que se encontra na condição de mero candidato.

7. Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado S. A. - IMESP, nº 28, out/nov/dez, 1994.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. *Dicionário de Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, José Luiz de Anaháia. *Da separação dos poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.
- OLIVEIRA, Esequias de. Concurso público. *Jornal A Tarde*. Salvador: p. 6, 27.04.95.
- Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 90, abr/jun, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.