

**CONCURSO PÚBLICO:
A CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DE IDADE E A VEDAÇÃO
DA DISCRIMINAÇÃO PERANTE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**CIVIL SERVICE EXAMINATION:
THE CONSTITUTIONALITY OF THE AGE LIMITATION AND
PROHIBITION OF DISCRIMINATION FACE TO THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES**

*Lucas Serafini**
*Luciane Noskoski***

RESUMO

O presente estudo objetivou uma análise da constitucionalidade da limitação de idade e a discriminação da acessibilidade aos cargos e empregos públicos perante os princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade e legalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, com a Emenda n. 19/98, proibiu qualquer tipo de discriminação para a acessibilidade aos cargos e empregos públicos, tendo como regra geral a necessidade de concurso público. No entanto, a própria Constituição Federal de 1988, estipulou que, se a natureza do cargo ou o emprego exigir, poderá a lei, em sentido estrito, limitar a idade dos candidatos ao certame. A Lei Federal n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – reabriu a polêmica quanto à limitação de idade nos editais dos concursos públicos, trazendo algumas dificuldades na interpretação da necessidade da justificativa para a restrição nos aspectos sociais, morais e jurídicos. Para pacificar, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 683, dando efetividade ao art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, determinando que somente seria constitucional a limitação de idade em concursos públicos nos casos justificados pela natureza das atribuições do cargo ou emprego público, garantindo acessibilidade a todos os cidadãos, de forma igualitária.

* Advogado. Especialista (Pós-graduado) em Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – Campus de Erechim/RS). Correspondência para/*Correspondence to*: Av. Borges de Medeiros, n. 615, sala 101, 99900-000, Centro, Getúlio Vargas-RS. E-mail: serafinilucas@yahoo.com.br.

** Bacharela em Direito. Bancária. Especialista (Pós-graduada) em Administração e Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – Campus de Erechim/RS). Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Jacob Gremmelmaier, n. 750, ap. 02, 99900-000, Centro, Getúlio Vargas-RS. E-mail: lunoskoski@yahoo.com.br.

Palavras-chaves: Concurso público; Limitação de idade; Constitucionalidade; Igualdade; Proporcionalidade; Legalidade.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the constitutionality of the age limitation and accessibility discrimination to public service and positions face to the constitutional principles of equality, proportionality and legality. The Federal Constitution of Brazil, promulgated in 1988 with the amendment 019/98, prohibited any discrimination for accessibility to public service and public positions, having as general rule the necessity of civil service examination. However, the Constitution of 1988 stipulated that whether the nature of the position or occupation demand, the law will be able to strictly, limit the age of candidates for the contest. The Federal Law Number 10.741/2003 – Statute of the Elderly – reopened the controversy regarding the age restriction in civil service examination edicts, bringing some difficulties in interpreting the need for justification of the restriction in social, moral and legal aspects. To pacify the Supreme Court issued the Summary Number 683, giving the effectiveness Article 7, item XXX of the Federal Constitution, stipulating that it would be constitutional the age limitation in civil service examinations only in cases justified by the nature of the duties of public service and positions, ensuring accessibility to all citizens equally.

Keywords: Civil service examination; Age limitation; Constitutionality; Equality; Proportionality; Legality.

INTRODUÇÃO

Entre os problemas mais comuns na história do país estão o desemprego e a diminuição de postos de trabalho na esfera privada. A abertura de concurso público passou a ser uma das alternativas mais procuradas para a conquista de um emprego com estabilidade e contraprestações, como auxílio alimentação e planos de saúde, independentes, muitas vezes, do próprio valor da remuneração.

É nas filas para a retirada de editais e inscrições para concursos públicos que se percebe a gigantesca procura e a crescente abertura de escolas e cursinhos especializados em aulas direcionadas aos concursos.

Nesta procura, não estão incluídos somente jovens, mas, sim, pessoas de mais idade, muitos, inclusive, aposentados que se veem obrigados a continuar trabalhando para sentirem-se incluídos na sociedade ou para complementarem sua renda familiar.

Ocorre que muitos editais de concursos públicos determinam um limite máximo de idade para a possibilidade de realização da inscrição e acessibilidade a uma das vagas abertas pelo edital, frustrando não somente alguns princípios vetoriais do concurso público, mas também a expectativa de muitos candidatos.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, é inconstitucional qualquer discriminação, seja por idade, sexo, cor, raça ou religião, ferindo o princípio da igualdade, determinado pelo *caput* do art. 5º do referido disposto constitucional.

Para a admissão de pessoal, na esfera pública, a regra geral é o concurso público, dando condições de acessibilidade a todos os interessados no certame, disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Caso o edital de abertura do concurso estabeleça restrições, como o limite de idade, prejudicará o objetivo primordial do concurso, qual seja, a admissão do candidato mais qualificado.

No entanto, a própria Constituição Federal admitiu, em casos excepcionais, a possibilidade de limitação de idade, quando a natureza do cargo exigir.

Portanto, no presente trabalho, nos propomos a analisar a constitucionalidade da limitação de idade nos editais de abertura de concursos públicos e quais os princípios basilares atingidos pelo abuso e discriminação da Administração Pública na limitação de idade nos certames públicos.

Num primeiro momento, analisaremos a Administração Pública juntamente aos concursos públicos e a sua evolução histórica, para, após, destacarmos os princípios basilares dos certames públicos: a igualdade, a proporcionalidade e a legalidade.

Ainda, examinaremos a limitação de idade perante os aspectos sociais, morais e jurídicos, concluindo pela prevalência de um aspecto sobre outro, e a constitucionalidade desta limitação, além da observância de jurisprudências e entendimento de tribunais sobre o tema em questão.

Objetivamos, com este estudo, sanar algumas dúvidas, tanto para a Administração Pública, quanto para o cidadão-candidato, evitando, assim, a possibilidade de embates jurídicos em torno desta matéria, visando à harmonia e ao equilíbrio das relações, onde ambos os polos devem ter o mesmo compromisso: o interesse público.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONCURSOS PÚBLICOS – NOÇÃO INTRODUTÓRIA

Administração pública

Para atender aos interesses públicos, foi criada a Administração Pública, com o objetivo de servir a coletividade. Assim, a ordem jurídica concedeu direitos, vantagens e prerrogativas – algumas conjugadas com deveres e obrigações – bastante distintas das concedidas às relações trabalhistas da iniciativa privada.

Para um melhor entendimento da matéria ora dissertada, cabe destacar a diferença entre Administração Pública e Governo. Hely Lopes Meirelles conceitua Administração Pública como sendo, “[...] todo o aparelhamento do Estado

preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”¹

Governo seria uma expressão política, cujas atividades governamentais são exercidas por intermédio de representantes eletivos: “O governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das Leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções)”²

A função da Administração Pública compreende todas as funções do Estado, ou seja, as funções Legislativas, Executivas e as Judiciárias.

Histórico

Juntamente com a organização social, mesmo que mínima, presente em todos os tempos históricos, existia o exercício de uma atividade administrativa.

No Regime do Estado Absoluto, o poder estatal se concentrava nas mãos do Monarca, e não existiam carreiras administrativas, nem garantias para aqueles que desempenhavam a função pública, cuja nomeação, permanência e dispensa dependiam exclusivamente da vontade do Monarca. Os servidores eram escolhidos pelo fator fidelidade ao Monarca: “[...] os agentes exerciam suas funções de maneira ilimitada, o que acabava por fazer deles verdadeiros proprietários do cargo que ocupavam e do qual podiam usufruir livremente. Cada agente podia ser considerado, no fundo, um pequeno tirano”³

Até a passagem para o Estado de Direito (século XIX), a evolução foi lenta, constituindo hoje o que chamamos de carreira administrativa, na qual ocorreram o reconhecimento de direitos próprios dos servidores públicos e a vinculação à lei para atingir objetivos coletivos de toda a sociedade: “Substitui-se a antiga ordem fundada nos privilégios, na mera tradição, por um princípio de igualdade de todos perante a lei”⁴

A relação dos concursos públicos com a Constituição da República Federativa do Brasil surge em 1946, quando fazia menção aos cargos de carreira, mas silenciava quanto à forma de aplicação de provas, admitindo somente a modalidade de títulos.

Desde a Constituição de 1967, os concursos públicos só podem ser de provas ou de provas e títulos, criando assim a figura do funcionário público efetivo.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 61.

² *Ibid.*, p. 62.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 310.

⁴ *Ibid.*, p. 311.

Inicialmente, entendia-se que o funcionário público possuía um vínculo jurídico contratual com o Estado, primeiramente de direito privado, para, mais tarde, ser entendido como de direito público.

Atualmente, entende-se que a relação jurídica entre o funcionário e o Estado é de natureza institucional, imposta pelo Estado e aceita pelo funcionário no momento da posse do cargo público, decorrente de aprovação em concurso.

No século XX, ocorreu um grande avanço com a criação dos regimes estatutários, disciplinando a relação jurídica entre a Administração Pública e o servidor, como investidura, nomeação, estabilidade e remuneração.

Além do mais, o constituinte da Carta Magna de 1988, conferiu àqueles que estivessem lotados em exercício, na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tivessem sido admitidos na forma do art. 37, da Constituição Federal, ou seja, admitidos sem concurso antes de 5 de outubro de 1983, estabilidade no serviço público, conforme disposto no art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Estes servidores públicos, estabilizados, compõem, atualmente, o Quadro em Extinção das repartições públicas.

Concurso público

Concurso Público é um processo de seleção em que há disputa, competição, entre os candidatos, assegurando a igualdade entre os cidadãos, permitindo-lhes postular o cargo público, garantindo servidores competentes. A função pública é algo a que todos têm o direito de pleitear.⁵

Sendo assim, concurso público é a forma administrativa necessária para o provimento de cargos ou empregos públicos, garantido a todos os interessados na investidura do cargo, com o objetivo de selecionar os candidatos mais qualificados. Para a realização deste procedimento, é necessária uma lei contendo as atribuições e os requisitos do cargo que se pretenda prover, bem como o decreto regulamentador, dispondo sobre o processamento de todas as etapas, além, é claro, do edital para ampla divulgação dos atos necessários e exigidos ao certame.

Marcelo Alexandrino, em uma entrevista cedida à revista Consulex, falando sobre os concursos públicos, relatou:

Eu não conheço nenhuma experiência, em qualquer sociedade, que possa ser considerada mais eficiente para o provimento de cargos ou empregos públicos [...]. Apesar disso, o concurso não é capaz de assegurar que os melhores candidatos serão os aprovados.⁶

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: RT, 1984. p. 46.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. *Concursos públicos*. Brasília: Consulex, ano VI, n. 121, jan. 2002. p. 22.

Sob essa ótica, se o concurso público não selecionasse os melhores, ele não teria nenhuma finalidade.

No Brasil, a regra geral para a investidura em cargo e emprego público é o concurso. Uma vez que o interesse público deve ser resguardado, não se pode admitir o preenchimento de cargos públicos sem a aprovação em concurso público, com exceção das autorizadas pela própria Constituição Federal, quais sejam, cargos em comissão e contratações por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. É exigência absoluta a aprovação prévia em concurso público para cargos e empregos de provimento efetivo.

A exceção à exigência do concurso público tem-se prestado a abusos manifestamente inconstitucionais. A Administração Pública não pode nomear pessoas da mesma forma que os particulares preenchem vagas em suas empresas, pois os interesses tutelados são diferentes. A escolha dos que serão titulares de cargos ou empregos públicos está limitada àqueles que tenham sido aprovados em concurso público, seguindo rigorosamente a classificação final do certame.

A referida regra tem aplicação, também, nas Administrações indiretas, ou seja, é proibido o provimento de cargos na Administração indireta sem concurso público, mesmo que elas concorram com a iniciativa privada, pois integram a estrutura administrativa pública.

138

Cabe salientar que a não observância da regra geral do concurso público, ou seja, a burla ao concurso, usada outra forma para admissão de pessoal no serviço público, causa nulidade do ato e a punição à autoridade responsável, conforme preceitua o art. 37, § 2º, da Constituição Federal.

Independentemente do regime, estatutário ou celetista, a regra geral é o concurso público para provimento de cargos e empregos da Administração Pública, compreendendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da União, Estados ou Municípios.

Assim dispõe o art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98:

Art. 37. A administração pública direta ou 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: [...] 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 [...].⁷

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

A expressão investidura vem aumentar a abrangência da necessidade do concurso público: “O conceito de investidura, como é cediço, corresponde ao de provimento, e este, por seu turno, ao ato por meio do qual assume o servidor a titularidade do cargo, emprego ou função na Administração Pública”.⁸

Esse provimento será originário, quando o servidor não tiver qualquer tipo de vínculo com a Administração Pública, por exemplo, nomeação; ou derivado, quando existir vínculo, como promoção ou remoção.

De acordo com a Constituição, quando o texto não se referiu exclusivamente ao primeiro tipo de investidura, será necessário concurso público, tanto para o provimento originário quanto para o derivado, uma vez que se reportou a toda e qualquer investidura. As exceções ao concurso somente existirão com expressa autorização constitucional, sob pena de nulidade, como no caso de reintegração, que é um modelo de investidura derivada, pois decorre de um ato ilegal de demissão.

Para o doutrinador Celso Ribeiro Bastos, a investidura somente ocorrerá se antecedida por concurso público:

Com essa exigência fica garantido o princípio da igualdade de todos e o interesse da Administração em admitir os melhores. De fato, o concurso público respeita o princípio da isonomia, na medida em que todos podem nele se inscrever (é por isso que ele é público), e permite à Administração selecionar os candidatos de maiores méritos.⁹

139

Cabe salientar que toda a abertura e expedição de edital de concurso público devem ser fundamentadas, assim como todos os demais atos, inclusive das decisões das bancas examinadoras e dos motivos das restrições impostas pela lei de criação dos cargos. Exemplo desta obrigatoriedade de motivação é a Súmula n. 684, do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”.¹⁰

O texto da Constituição Federal não faz menção sobre a forma ou o procedimento que deverão ser adotados para a realização do concurso público. Todavia, determina que seja feita regulamentação por lei infraconstitucional, que deverá ser elaborada e amplamente divulgada, para que os candidatos possam tomar conhecimento dos requisitos necessários à investidura no cargo público.

⁸ SPITZCOVSKI, Celso. *Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 18.

⁹ BASTOS, 2001, p. 313-314.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 684. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

As entidades são livres para organizar seu pessoal, objetivando o melhor atendimento dos serviços. É a chamada organização legal do serviço público, que, segundo Hely Lopes Meirelles:

[...] é exigida pela Constituição ao permitir a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros ‘que preencham os requisitos estabelecidos em lei’ (art. 37, I). A parte final do dispositivo refere-se expressamente a lei. Isso significa que todo *cargo público* só pode ser criado e modificado por norma legal aprovada pelo Legislativo. [...] *Cargo Público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.¹¹

Toda a organização legal do serviço público é composta por cargos ou empregos públicos. Os cargos são ocupados por pessoas submetidas ao regime estatutário, denominadas funcionário ou servidor público, como faz menção a Constituição Federal.

Os empregos são ocupados por pessoas submetidas ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em órgãos da Administração Paraestatal ou Indireta, como ocorria antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, quando servidores titularizavam suas funções sem qualquer previsão legal, independentemente de terem sido submetidos a concursos públicos.

140

Atualmente, a maioria dos servidores públicos é estatutária, principalmente na Administração Pública Direta. Estes estatutos não podem contrariar o estabelecido na Constituição Federal.

Todo o cargo público possui funções, que são as atribuições de cada categoria profissional para o exercício das atividades. As funções, assim como os cargos, são criadas por lei, atendendo a necessidade específica de cada entidade estatal, com os requisitos para a investidura no cargo.

A Administração é livre para estabelecer os requisitos e bases para o concurso público: “[...] desde que faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo o tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público”.¹²

A própria Constituição Federal, com a Emenda n. 19/98, estabeleceu a obrigatoriedade de que a lei local disponha sobre a natureza e complexidade dos cargos e empregos, o que determinará a forma dos concursos e suas exigências.

Sendo assim, as Administrações estão autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, técnica, moral e outras que entender convenientes,

¹¹ MEIRELLES, 1993, p. 360.

¹² Ibid., p. 376.

ficando vedado dispensar condições estabelecidas em norma hierarquicamente superior. Ficam proibidas as exigências meramente discriminatórias ou abusivas.

O atual sistema constitucional garante acesso a cargos, empregos ou funções públicas a todo o brasileiro que preencha os requisitos estabelecidos em lei, bem como aos estrangeiros.

O concurso público, assim como toda a Administração Pública, reger-se-á pelos princípios constitucionais. Entre os principais destacam-se os princípios fundamentais da igualdade, da proporcionalidade e da legalidade.

PRINCÍPIOS BASILARES DO CONCURSO PÚBLICO

Noções sobre princípios constitucionais

Com base nos princípios, que são regras informadoras de todo um sistema de normas e diretrizes básicas do ordenamento, foi elaborada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os princípios possuem normatividade, ou seja, possuem efeitos vinculantes e constituem regras jurídicas efetivas.

Os princípios constitucionais encontram-se em um nível superior de abstração, sendo hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma “pirâmide normativa”. Os princípios constitucionais são a base de todo o sistema normativo brasileiro.

Conforme o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, como os princípios, têm aplicação imediata, independentemente da criação de ordenamento infraconstitucional. São normas constitucionais de eficácia plena.

Qualquer norma infraconstitucional que venha ferir, expressa ou tacitamente, um princípio será declarada inconstitucional, devendo ser retirada do mundo jurídico: “[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal”.¹³

Os princípios são de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro, norteando todo o sistema normativo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção do princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade [...] representa insurgência contra todo o sistema [...].¹⁴

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 451.

Sendo assim, pode-se assegurar que a norma firmada no art. 37, inciso II, da Constituição Federal vigente, segundo a qual a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação em concurso público, na forma da lei, com determinadas exceções, é um princípio positivado na Constituição Federal e que serve de balizamento para toda a atividade administrativa pública, dentro das exceções e limites impostos.

Salienta-se que o princípio do concurso público para a investidura de cargo ou emprego público advém do princípio da igualdade, uma vez que assegura a todos os interessados pleitear um cargo ou emprego público.

Além do mais, cominando-se com o princípio da igualdade, encontram-se os princípios da proporcionalidade e da legalidade, pois a lei admitirá restrições e limitações, dentro da real necessidade da Administração, para a realização do concurso público.

Princípio da igualdade

Entre os princípios basilares do concurso público, encontra-se o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, sendo fundamental à dignidade humana.

Existem várias correntes que conceituam a formação do princípio da igualdade: os nominalistas, por exemplo, sustentavam que a desigualdade é uma característica universal, assim, as pessoas nasciam e perduravam desiguais; os idealistas postulavam uma igualdade absoluta entre as pessoas; os realistas reconheciam que os homens são desiguais sob vários aspectos, mas existem características iguais, e por este motivo podem ser classificados num mesmo sistema, pois não se vê como não deixar de reconhecer estas igualdades.¹⁵

Determina o *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – [...] ¹⁶ (grifo nosso).

Não se admite qualquer discriminação aos direitos, sejam eles em relação à origem, à raça, ao sexo, à cor, à idade, entre outras.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência transcrevem que o princípio da igualdade consiste, em resumo, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam, na proporção de suas diferenças.

¹⁵ SILVA, 2004, p. 194.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

Derivados deste conceito, surgem duas formas de aplicação do princípio da isonomia: a formal e a material. Segundo José Afonso da Silva, a isonomia formal tem sua aplicação restrita, atingindo a todos sem levar em conta as distinções de determinados grupos ou pessoas; enquanto na isonomia material ou real o intérprete deve analisar o princípio da igualdade, levando em conta as demais normas constitucionais, objetivando a busca da ordem econômica e social.¹⁷

Para Rodrigo César Rebello Pinho, a espécie de isonomia formal é aquela inserida na concepção clássica do Estado Liberal, em que todos são iguais perante a lei. A isonomia material seria a busca da igualdade de fato na vida econômica e social, buscando uma igualdade real.¹⁸

A Constituição Federal vigente estabelece possibilidades de exceções e restrições ao exercício do princípio da igualdade formal perante a lei (art. 3º, VI), tendo em vista o atendimento do princípio da igualdade material (art. 3º, III), aquela feita pela lei.

A igualdade na lei faz referência às exigências destinadas ao legislador que, no processo de sua formação, não poderá incluir fatores de discriminação. A igualdade perante a lei pressupõe norma, já elaborada, e traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento discriminatório.

A Constituição Federal veda distinções de qualquer natureza (art. 5º, *caput*) e tem como objetivo, entre outros, a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Proíbe-se, ainda, diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI): “A Constituição assim o fez porque essas razões preconceituosas são as que mais comumente se tomam como fundamento de discriminação”.¹⁹

A proibição da discriminação em relação à idade para preenchimento de cargos e empregos poderá ser declarada inconstitucional se ferir o princípio da igualdade:

A idade tem sido motivo de discriminação, mormente no que tange às relações de emprego. [...] A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salário, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (art. 7, XXX). À vista desse texto fica interdito estabelecer idade mínima para o ingresso no serviço, como tem ocorrido [...].²⁰

¹⁷ SILVA, 2004, p. 213.

¹⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 222.

²⁰ Ibid., p. 224.

A própria Constituição veda qualquer tipo de discriminação que leve em conta a idade, como na admissão de qualquer emprego, seja na esfera pública ou privada. Somente será admitida, quando autorizada pela própria Constituição, a limitação de idade em editais para o ingresso em carreira pública se as exigências das atribuições dos cargos assim determinarem em leis próprias. Para a ocorrência desta excepcionalidade, é indispensável que haja um pressuposto lógico e justificável para a limitação.

Além do mais, nem todas as pessoas são assistidas da mesma forma por todos os direitos ou obrigações, diferenciando-as pela categoria, como por exemplo, os advogados, que possuem certos direitos e obrigações distintos dos economistas ou médicos. “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”.²¹

Sendo assim, certas categorias teriam atribuições que justificariam a limitação da idade para admissão de pessoal, pois atingiriam um pressuposto lógico definido pelas suas atividades profissionais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, [...] não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”. Ainda:

144

[...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*.²²

A autorização para a discriminação está contida na diferenciação que as pessoas e coisas possuem entre si e sua relação com o tratamento desequiparador e nos dados diferenciais entre eles.

Portanto, não ocorrerá ofensa ao princípio da isonomia quando a Constituição estabelecer um tratamento desigual, como exclusão por sexo para a obrigatoriedade do serviço militar, e existir um propósito lógico e racional que realmente justifique a desequiparação, protegendo, assim, valores constitucionais.

Além do mais, a lei sempre deverá ser interpretada excluindo dela distinções, discriminações e desequiparações que não foram assumidas por ela de forma clara, implícita ou explicitamente, evitando, assim, interpretação da lei de forma

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

²² *Ibid.*, p. 17.

intolerável, injurídica e inconstitucional, pois a regra genérica da nossa Carta Magna é a defesa da igualdade humana.

Por fim, cabe salientar a necessidade de vigilância constante ao princípio da isonomia, com o objetivo de evitar situações que prejudiquem ou beneficiem um grupo determinado e seletivo de pessoas, protegendo assim os direitos individuais dos cidadãos brasileiros.

Princípio da proporcionalidade

Toda e qualquer reação, no Direito brasileiro, deve ser proporcional à ação, assim como as providências adotadas pelos Estados ou particulares com relação aos seus interesses devem ser adequadas, sendo proibidas as medidas excessivas, protegendo a autonomia do cidadão, ou seja, seus direitos individuais.

Devido à posição assumida pelos princípios fundamentais, somente ocorrerá duas formas de restrições a estes princípios: a restrição diretamente constitucional, quando a própria Constituição faz limitações; e a restrição indiretamente constitucional, quando estão expressamente autorizadas no corpo constitucional a limitação, restrição ou intervenção nos princípios fundamentais mediante cláusulas ou normas infraconstitucionais.²³

Como exemplo de restrição indireta, tem-se o art. 37, inciso II, da Constituição Federal do Brasil, que determina que a investidura dos cargos ou empregos públicos depende de aprovação em concurso público, de acordo com a complexidade e atribuições do cargo, no qual poderão ocorrer limitações dispostas em leis.

Salienta-se que os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional, desde que a limitação objetive preservar outro direito fundamental:

Dessa maneira, ao se limitar um direito fundamental, mesmo através de uma lei infraconstitucional, esta limitação somente será legítima (e possível) se tiver por fim proteger um outro direito fundamental. Ou seja, na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá, desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito fundamental. Ressalte-se que essa limitação ocorre com frequência.²⁴

A circunstância de não estar expressamente escrito na Constituição Federal vigente não obsta que o princípio da proporcionalidade seja reconhecido e

²³ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 64.

²⁴ LIMA, George Marmelsten. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto043.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

devidamente aplicado. Para tanto, invocamos o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...].²⁵

É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e normas, que o princípio da proporcionalidade mostra seu principal significado, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma o conflito, otimizando-o à medida que se acata um e desatende o outro.

A vinculação entre o princípio da proporcionalidade e do direito constitucional deve ser fundamentada na proteção dos direitos fundamentais, pois estes exigem justiça concreta, que provêm do próprio conceito de justiça. Aliás, um dos objetivos primários do princípio da proporcionalidade é preservar os direitos fundamentais. Paulo Bonavides demonstra a grande importância desta vinculação quando disserta:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e decisão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.²⁶

146

É também no Direito Administrativo que a proporcionalidade surge como um grande e necessário princípio, pois é o limitador da discricionariedade do agente público. Ele limita o poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados, tanto proibindo a violação da lei quanto o desvio de poder ou finalidade.

Com o grande aumento das atribuições dadas ao Poder Executivo, surge, atualmente, uma deslegalização, ou seja, o Executivo, com o objetivo de fazer frente às exigências sociais faz uso de decretos, editais, legislando onde a lei foi omissa: “[...] tudo aquilo que passar dos limites da lei e não houver competência expressa do executivo para regulamentar fere o princípio da legalidade e, por conseguinte, deve ser declarado inconstitucional”.²⁷

Tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo não podem criar normas individuais ou para determinados casos concretos, pois a lei deve atingir a todos, de forma geral, sendo observado o efeito *erga omnes* na criação, interpretação e aplicação.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 358.

²⁷ STUMM, 1995, p. 62.

No entanto, existem situações em que é necessário distinguir por meio de lei:

A legitimidade das diferenciações veiculadas por meio da lei advém da sua justificativa perante os valores de uma comunidade. Por isso, o consenso quanto à arbitrariedade ou à aquiescência de uma classificação que se dirigir a grupos de pessoas [...] vai depender, em última análise, de uma avaliação jurídica concreta, em que ocorra a ponderação dos bens e valores constitucionais envolvidos.²⁸

A lei somente vai ser determinada como discriminatória quando não tiver fundamentação ou for visível a arbitrariedade do legislador, desrespeitando, assim, o princípio constitucional da igualdade.

Além do mais, se a limitação for desproporcional, não adequada ou desnecessária, fere a dignidade do homem em sua liberdade, pois sofreu a intervenção do legislador em seus direitos fundamentais.

Caso contrário, ou seja, se houver justificativa e fundamentação para a criação da norma que vai diferenciar certos grupos ou pessoas e for revestida de proporcionalidade, não fere os demais princípios. Exige-se justificativa que demonstre a racionalidade e proporcionalidade sempre que houver necessidade de um tratamento discriminatório que não seja vedado pela Constituição Federal.

Sendo assim, não viola o princípio da igualdade a fixação de requisitos estabelecidos em vista da garantia da capacitação dos candidatos a cargos públicos e de sua adequação à natureza da atividade, o que pode resultar na exclusão de candidatos por motivo de sexo ou idade. Entretanto, as limitações e restrições estabelecidas devem decorrer de lei ou de ato administrativo, demonstrando proporcionalidade entre a necessidade e a limitação.

O princípio da proporcionalidade é a exigência de que os atos não sejam praticados apenas com o respeito aos ditames da sua formação e execução, “mas que também guardem no seu conteúdo uma decisão razoável entre as razões que os ditaram e os fins que se procura atingir”.²⁹

Atualmente, a proporcionalidade é considerada derivada do princípio da igualdade, pois existem motivos que justificam o tratamento desigual ou diferenciado. Nesse caso, o princípio da igualdade fica substituído pela proporcionalidade, sendo que a desigualdade não poderá ir além do que a causa que a justifique. A igualdade se relativiza pela proporcionalidade, trazendo uma ideia de igualdade proporcional, ou ainda, justiça distributiva.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, tem maior abrangência, pois: “[...] é também chamado de proibição de excesso, possuindo como

²⁸ STUMM, 1995, p. 68.

²⁹ BASTOS, 2001, p. 52.

características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meio e fim”.³⁰

Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade é também chamado de lei da ponderação, ou seja, é a adequação entre o meio e o fim: “O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins”.³¹

O princípio da proporcionalidade possui três subprincípios, quais sejam: o questionamento sobre a real necessidade – entre as soluções possíveis deve-se optar pela menos gravosa; a adequação entre o meio utilizado e o fim pretendido – existência de relação adequada entre o fim e o meio determinado; e a ponderação entre os valores envolvidos na questão – proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, verificação do custo-benefício da medida.

Os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem sempre procurar harmonizar os interesses coletivos e individuais, pois ambos são legítimos e somente podem ser desconhecidos dentro de um limite excepcionalmente necessário.

Alguns doutrinadores temem um excesso na utilização do princípio aqui dissertado, alegando uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, principalmente na relação Legislativo x Judiciário. No entanto, Paulo Bonavides determina que: “infere-se todavia a necessidade da prudência no seu emprego”.³²

148

Em primeiro lugar, deve ocorrer uma preocupação sobre o uso exagerado do princípio da proporcionalidade, evitando assim uma expansão vazia, sem necessidade, gerando dano à normatividade da lei, afinal é importantíssima a vigência deste princípio para proteger o cidadão contra excessos do Estado, além de ser um escudo à defesa dos direitos e das liberdades constitucionais.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um poderoso instrumento para reforçar o controle da constitucionalidade das leis e demais atos administrativos, procurando resguardar os direitos fundamentais de restrições desnecessárias e abusivas, infringidos por atos arbitrários, sem um verdadeiro interesse coletivo superior.

Enfim, é indiscutível a real importância do princípio da proporcionalidade para o Estado de Direito, pois é ele o núcleo central dos demais direitos e princípios fundamentais para a efetivação do objetivo do Direito: a Justiça.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito. É na legalidade que os indivíduos encontram o fundamento para suas

³⁰ STUMM, 1995, p. 78.

³¹ Ibid., p. 81.

³² BONAVIDES, 2002, p. 391.

prerrogativas e seus deveres, ganhando no direito público uma significação especial pela total subordinação da Administração Pública à lei.

Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não o proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina antecipadamente, ou seja, a Administração Pública deve estar em conformidade com as normas legais.

A legalidade, como princípio da Administração Pública, mas especificamente dos concursos públicos, veio consagrada no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Ela determina que, para a eficácia de toda atividade administrativa, o ato deverá estar condicionado ao atendimento da lei.

O princípio da legalidade significa vinculação da Administração Pública com a lei:

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.³³

As leis administrativas são preceitos de ordem pública e por este motivo não podem ser descumpridas ou renunciadas, pois são utilizadas em benefício da coletividade, sob pena de ofensa ao bem comum.

Para o certame do concurso público, segundo o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, necessita de forma prescrita em lei. Este princípio da legalidade para a realização dos concursos públicos determina que a Administração, direta ou indireta, obrigatoriamente, deverá elaborar lei infraconstitucional em que determinará os requisitos para cada cargo ou emprego, as atribuições das atividades e a necessidade da limitação máxima de idade, se for cabível.

No entanto, somente a lei não basta, deverá existir um Decreto Executivo com o regulamento do concurso público e um edital para dar ampla publicidade a todos os atos e requisitos inerentes ao certame. É a expedição de comandos complementares à lei, atendendo ao princípio da legalidade.

Salienta-se que todos os atos infralegais devem estar editados em conformidade com a lei, e esta, por sua vez, deve estar dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, uma vez que a Administração Pública, no desempenho de suas funções, está sujeita ao princípio da legalidade, isto é, à Constituição Federal.

A lei infraconstitucional será Federal, Estadual ou Municipal, conforme se trate de cargos pertencentes a uma ou outra esfera. Sendo assim, as exigências formuladas para os candidatos a concurso público só terão validade se previstas em leis, no seu sentido estrito, e segundo os critérios constitucionais.

³³ MEIRELLES, 1993, p. 82.

Normas infralegais, isoladamente, não poderão restringir a possibilidade de qualquer exercício profissional: “Não se está a dizer que as restrições não poderão ser estabelecidas por meio de outras espécies normativas mas, tão somente, que elas deverão encontrar anterior respaldo em lei para a qual, aliás, deverão oferecer fiel execução”.³⁴

Além do mais, para não ferir o princípio da igualdade, discriminando determinados grupos ou pessoas que estão concorrendo a uma vaga no concurso público, as limitações devem atender ao princípio da proporcionalidade, ou seja, as exigências que geram restrições devem ser proporcionais à necessidade das atividades do cargo ou emprego público.

Caso as limitações ou restrições para concursos públicos sejam estabelecidas por outras normas legais que não a Lei em sentido estrito, serão consideradas manifestamente inconstitucionais, por afrontarem o princípio constitucional da legalidade.

A LIMITAÇÃO DE IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS

Aspectos sociais

Diante do aumento do desemprego no País, a abertura de novos postos de trabalho nos Poderes Públicos ganha grande importância. A disputa em concursos públicos tornou-se uma das maiores opções de procura por um emprego para os brasileiros, estejam desempregados ou não.

A realidade social do desemprego não é exclusividade dos jovens, mas, sim, uma situação que atinge toda a faixa ativa da população, as pessoas que possuem entre 14 e 65 anos.

É notória a crescente procura dos cidadãos, independentemente da sua faixa etária, por cargos e empregos públicos por meio de concursos. Seja pela estabilidade ou pelas vantagens salariais, o concurso público é visto pela população como a melhor forma de selecionar e destacar os mais capacitados para a função pública, além de dar ao classificado certo *status* perante a sociedade.

Entretanto, os cidadãos que contam com mais idade, muitas vezes, são impedidos de concorrer nos concursos, com exigências contidas nos editais, caracterizando excesso de restrições, dentre elas, a limitação da idade para acessibilidade à disputa do certame.

Assim, se o desemprego afeta toda a sociedade, discriminar uma parcela dela é agravar esse problema social, pois o próprio Estado gera inacessibilidade ao emprego.

³⁴ SPITZCOVSKY, 2004, p. 71.

Para a solução, deve-se buscar a inserção social das pessoas de mais idade na sociedade. Uma possibilidade é a acessibilidade aos cargos e empregos públicos, concorrendo de forma igual com os demais candidatos.

Além do mais, muitas pessoas, mesmo após a aposentadoria, deparam-se com a falta de recursos financeiros necessários para o próprio sustento, obrigando-se a voltar a disputar uma vaga no mercado de trabalho.

A Lei Federal n. 10.741, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, no seu art. 27, em conformidade com a Constituição Federal, gerou efetividade ao art. 7º, inciso XXX, e vedou a discriminação e a fixação de limite de idade, tanto no setor público quanto na iniciativa privada, ficando ressalvados os casos em que a natureza do cargo exigir.

O objetivo primordial do art. 27 foi possibilitar a acessibilidade das pessoas de mais idade ao emprego e cargo, criando condições para a sociabilização deste grupo social que frequentemente sofre preconceitos pela idade mais avançada e, por este motivo, não conseguem colocação no disputadíssimo mercado de trabalho, seja na esfera pública ou na iniciativa privada. Inclusive, o parágrafo único do artigo já citado determina que, no caso de empate de candidatos selecionados no certame público, será utilizada como critério de desempate a análise da idade dos concorrentes, dando preferência para o candidato de mais idade.

Sendo assim, toda pessoa com idade avançada tem direito a concorrer em qualquer concurso público.

A limitação de idade terá razão de ser, sendo criteriosa e plausível, não ofendendo o senso comum da sociedade, quando as atribuições do cargo a exigir pela necessidade frente às atividades que serão exercidas.

Desejando estabelecer limitação de idade para os concursos públicos, o legislador deve atender ao princípio da legalidade, contendo na lei requisitos formais quanto à existência de motivos que a justifiquem, e não vestígios de mero preconceito da sociedade, e por fim, a razoabilidade do limite da idade escolhida, evitando qualquer tipo de discriminação.

Cabe salientar, ainda, que estão garantidos na Constituição Federal a cidadania com plena integração social, a defesa de sua dignidade e bem-estar, o direito à vida e ao trabalho, e o repúdio de qualquer tipo de discriminação a todas as pessoas, principalmente para proteção dos mais velhos.

Além do mais, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, elencados no art. 5º da Constituição Federal, são direitos que não devem ser violados, principalmente com referência às pessoas de mais idade, que são mais vulneráveis à discriminação, sendo dever de toda a sociedade e dos Poderes Públicos a proteção dos direitos previstos da Carta Magna.

O objetivo primário do certame é a contratação do melhor candidato selecionado para a prestação do serviço à população, sem levar em conta sua idade

ou qualquer outra forma de discriminação, evitando danos consideráveis à sociedade e à qualidade dos candidatos.

Sendo assim, prevalece o interesse da sociedade na condução de um concurso público, e não o da conveniência da Administração Pública.

Aspectos morais

Entre os princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública, encontra-se o princípio da moralidade, que faz referência não a moral comum, mas, sim, a moral administrativa: “[...] a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum”.³⁵ É a regra da boa Administração, voltada ao interesse coletivo, diferente da moral comum.

A moralidade administrativa deve ser aplicada em todos os atos da Administração Pública e, portanto, também aos concursos públicos. Assim, o concurso público, por ser regra geral para o preenchimento de cargos e empregos públicos, deve estar conexo com a moral administrativa.

Para a investidura dos cargos e empregos públicos, como já foi dissertado aqui anteriormente, necessita-se de concurso público, determinado pela Constituição Federal no seu art. 37, inciso II, tendo uma grande importância para a Administração Pública na seleção de pessoal qualificado:

O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se a **moralidade**, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendem aos requisitos da lei, consoante no art. 37, II da CF³⁶ (grifo nosso).

No entanto, ficaram ressalvadas as nomeações para os cargos em confiança, que são de livre nomeação e exoneração (art. 37, V, da Constituição Federal). Esses cargos poderão ser preenchidos por pessoas que não foram selecionadas por concurso público.

Outra ressalva do disposto legal é a contratação por tempo determinado de excepcional interesse público, em hipóteses previstas em lei (art. 37, IX, da Constituição Federal).

Ocorre que estas ressalvas estão sendo utilizadas como escapes para fugir da obrigatoriedade dos concursos públicos, sendo fontes de abusos e injustiças. Frustrar a legalidade do certame, ou ainda, dispensá-lo indevidamente, causa

³⁵ MEIRELLES, 1993, p. 84.

³⁶ *Ibid.*, p. 375.

lesão ao erário público, além de violar os princípios constitucionais, notadamente o da moralidade administrativa.

Como o concurso público visa à preservação da moralidade, quando assegura tratamento igualitário a todos os candidatos que preencham os requisitos legais, é moralmente mais adequado, frente às nomeações de cargos e funções de confiança e de contratação por tempo determinado, principalmente se a dispensa do certame for ilegal, ou seja, não atender os requisitos exigidos pelo art. 37, incisos V e IX, da Constituição Federal.

A acessibilidade dos cargos e empregos públicos por concurso é muito mais abrangente e moralmente admitida do que os cargos que não necessitam do certame, pois geralmente esses cargos e empregos são preenchidos levando-se em conta a ideologia política, nepotismo e o apadrinhamento, gerando privilégios em favor de um ou outro cidadão em particular, em prejuízo da capacidade e do conhecimento técnico e da concorrência em igualdade ao acesso do serviço público.

Além do mais, o servidor concursado, sendo estável, é menos suscetível a influências danosas ao erário público. A insubmissão da Administração Pública à regra democrática do concurso público traz consideráveis danos à sociedade e interfere na qualidade dos seus servidores.

Sendo assim, deve prevalecer uma conduta norteadas por atos isentos, objetivando aferir a efetiva habilitação dos interessados aos cargos ou empregos públicos.

No entanto, se o concurso público contiver restrições excessivas, como a limitação de idade, estatura física, grau de restrição desproporcional em relação à função, ou ainda, não resguardar as garantias constitucionais do concurso para a investidura em cargo e emprego público, utilizando das exceções – cargo em comissão e contratos temporários – como regra de ingresso no serviço público, cometem-se práticas imorais e inconstitucionais, passíveis de anulação.

Além do mais, a limitação de idade, como requisito para a investidura na carreira pública por concurso, traz um sentimento individual de exclusão, marginalização física e psicológica do cidadão-candidato atingido pela restrição, criando uma forma de discriminação desproporcional à realidade.

Mesmo assim, certos concursos públicos no Brasil são eivados de imoralidades e ilegalidades, ao trazerem em seus editais, normas que restringem os direitos constitucionais de igualdade, proporcionalidade e legalidade para com os concorrentes dos certames públicos.

O concurso público analisa a aptidão e o preparo dos candidatos, por meio de provas ou de provas e títulos. Assim, por óbvio, é conveniente que concorra o maior número possível de candidatos.

Salienta-se, mais uma vez, que, nos casos em que a natureza do cargo exigir, o legislador poderá limitar a idade e estabelecer uma discriminação, pois nesse caso não há violação ao princípio da igualdade. Mas é necessário que seja analisado

o caso concreto, aplicando o princípio da razoabilidade na limitação máxima da idade. Portanto, a limitação é exceção, jamais regra.

A publicação do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) contribuiu para uma melhor compreensão da questão da limitação da idade nos concursos públicos, vedando a discriminação por idade, ressalvando os casos de exigência pelas atividades do cargo (art. 27).

Hoje, percebe-se, principalmente nos bancos escolares e universitários, a crescente demanda de pessoas com mais “experiência de vida”,³⁷ buscando ampliação dos seus conhecimentos e preparação para o mercado de trabalho. Ocorre que, muitas vezes, essas pessoas encontram em editais para concursos públicos discriminações, não somente inconstitucional, mas imoral e irracional, banindo candidatos altamente qualificados do certame.

A Administração Pública deve evitar formas autoritárias de restrições aos candidatos dos certames públicos, uma vez que ferem direitos constitucionais. Deve ela, criar normas justas e comprometidas com o interesse público, buscando sempre a pessoa mais qualificada e preparada para, no serviço público, atender à população, garantindo a dignidade do candidato.

Aspectos jurídicos

154

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliada pela Emenda Constitucional n. 19/98, em princípio, não há como proibir que pessoas de mais idade participem de concursos públicos, ficando vedado qualquer tipo de discriminação por idade.

A Constituição Federal deve resguardar a igualdade entre as pessoas, permitindo-lhes postular um cargo ou emprego público, garantindo que serão contratados servidores competentes, assim determinado pelo art. 37, inciso II.

Alguns dos Direitos Sociais dos trabalhadores, elencados no art. 7º da Carta Magna, são aplicáveis aos servidores públicos, por força do art. 39, § 3º, do mesmo dispositivo legal.

Entre esses direitos, encontra-se a proibição de critérios diferenciados para admissão, como por motivo de idade, sexo, cor ou estado civil.

A limitação de idade em concurso público, como elemento discriminatório, não encontra lugar no sistema jurídico do Brasil, pois infringe dois fundamentais princípios constitucionais: o da igualdade e o da proporcionalidade das leis, além de, em alguns casos, ferir ainda o princípio da legalidade.

³⁷ No popular, “experiência de vida”, designa pessoa madura, mais velha, que não tem muita escolaridade, mas experiência e conhecimento, por prática, em algum ofício ou profissão.

A regra geral dos referidos princípios constitucionais é a proibição de discriminações em razão da raça, religião, cor, sexo, idade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

No entanto, a redação da parte final do § 3º, do art. 39, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, viabilizou a limitação de idade, ou seja, poderá a lei prever limite mínimo e máximo de idade para o ingresso na carreira pública, quando a natureza do cargo o exigir.

Cabe salientar que essa limitação de idade não pode ser feita de forma generalizada, pois o inciso XXX, do art. 7º, da Constituição Federal é estendido aos servidores públicos, decorrente do art. 39, § 3º, do mesmo diploma legal, tendo a Emenda Constitucional n. 19/98 apenas atenuado o dispositivo com a expressão que o segue: “[...] podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados pela admissão quando a natureza do cargo exigir”.³⁸

Caberá à lei em sentido estrito, e somente a ela, impor requisitos para acessibilidade aos cargos e empregos públicos.

Sendo assim, caso o edital, que é norma infralegal, estabeleça limite de idade para ingresso em cargo ou emprego público, sem lei que o autorize, ou ainda se esta restrição for desproporcional e desnecessária, deverá ser declarado inconstitucional.

A referida inconstitucionalidade poderá ser formal ou material. Formal diz respeito à forma que a lei, em sentido estrito, foi elaborada, ou seja, a constitucionalidade formal ou extrínseca ocorre quando são desrespeitadas as regras processuais para elaboração do provimento legislativo, previstas na Constituição Federal.

A inconstitucionalidade material ou intrínseca ocorrerá quando o conteúdo da lei ou norma infraconstitucional contiver dispositivos incompatíveis ou contrários com os preceitos da Constituição Federal.³⁹ Portanto, a inconstitucionalidade é uma situação de desconformidade da lei infraconstitucional face à Constituição Federal, seja em conflito material ou formal.

Sendo assim, caso a limitação de idade seja instituída somente pelo edital do certame, e não na lei em sentido estrito, conterá uma inconstitucionalidade formal. No caso de haver limitação de idade determinada por lei, contrariando os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, conterá uma inconstitucionalidade material.

O Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de pacificar as divergências atinentes ao limite de idade e as crescentes declarações de inconstitucionalidade decorrentes de restrições e exigências em concursos públicos, adotou a Súmula

³⁸ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

³⁹ SILVA, 2004, p. 48.

n. 683, aprovada pelo Pleno, na sessão de 24 de setembro de 2003, nos seguintes termos: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.⁴⁰

Esta interpretação complementou a Súmula n. 14, do Supremo Tribunal Federal, que determina: “Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público”.⁴¹

O entendimento jurisprudencial acerca da legalidade da exigência de idade máxima para o provimento de cargos e empregos por concurso público é pacífico, isto é, é permitido desde que prevista em lei e que seja exigida pela natureza das atividades inerentes ao cargo ou emprego. Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos casos de não existência de lei em sentido estrito, ou de ferimento dos princípios da igualdade e proporcionalidade, o edital será inconstitucional:

Apelação Cível. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Município de Chapada. Concurso Público. Cargo de Calceteiro. Exigência editalícia de idade máxima de 45 (quarenta e cinco) anos para provimento do cargo. Ausência de comprovação de previsão legal da limitação.⁴²

Concurso Público. Mandado de Segurança. Augusto Pestana. Limitação de idade aos 45 anos. Art. 7º, XXX da Carta Federal. Limite que não encontra eco no princípio de razoabilidade lógica ou justificativa racional, atendida a natureza das funções do cargo. A maturidade física e a psíquica acompanham o homem muito após os 45 anos de idade, bem como a capacidade intelectual não estiola nesta faixa etária. Vigor físico somente exigido para certas categorias. Expectativa de vida do brasileiro ampliada. Terceira idade. Compulsória além dos 70 anos.⁴³

Existem ainda, no mesmo Tribunal, decisões contrárias, que determinam a limitação de idade, atendendo aos princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade. Senão, vejamos:

⁴⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula n. 683. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula n. 14. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

⁴² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Apelação Civil n. 70011143781. Apelante Luiz Carlos Schneider. Apelado Município de Chapada. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança n. 7008952491. Impetrante Maria Helena Marchesan. Impetrado Prefeito Municipal de Augusto Pestana. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

Concurso Público, Limitação Etária. Não se admite, apenas, a limitação de idade para concurso público se a exigência, como condição para o provimento do cargo, emprego ou função pública, não observar o critério da razoabilidade objetiva. Hipótese de idade máxima, em que a impetrante ultrapassou folgadoamente o limite estabelecido na lei e no edital. Ausência de direito líquido e certo, violado por ato abusivo ou ilegal. Sentença reformada, em reexame necessário.⁴⁴

O Supremo Tribunal Federal, em seus Acórdãos, determinou que, para a legalidade da limitação de idade nos certames públicos, a restrição deve ocorrer por meio de lei ordinária em sentido estrito: “Policia! Militar do Distrito Federal: concurso público: limite de idade: restrição não prevista em lei ordinária (Lei n. 7.289/84), não cabendo ao edital limitar o que a lei não restringiu: precedentes”.⁴⁵

No entanto, se as atribuições dos cargos e empregos exigirem, por mero capricho, a limitação de idade em concurso público, essa lei será igualmente inconstitucional. Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a possibilidade de limitação de idade em concursos públicos, não ferindo o princípio da igualdade, quando for necessária pelas atividades profissionais dos cargos e empregos postos à disposição, pois está baseada em outro princípio, que é o da proporcionalidade:

Concurso Público. Fiscal de Tributos Estaduais. Limite de Idade de trinta e cinco anos. Art. 20, inc. II, da Lei n. 8.118/85, do Estado do Rio Grande do Sul. Inconstitucionalidade da Lei gaúcha que estipulou requisito de idade máxima de trinta e cinco anos para inscrição em concurso para o cargo de Fiscal de Tributos Estaduais.⁴⁶

Cabe salientar que, em certos casos, a própria Constituição Federal determinou a limitação da idade, como para a nomeação dos Ministros do Supremo Federal e Superior Tribunal de Justiça (respectivamente, arts. 101 e 104, parágrafo único, da Constituição Federal), cuja idade máxima é de 65 anos.

⁴⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Reexame necessário n. 70001746528. Autora Elena Maria Ferronato. Réu Município de Getúlio Vargas. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 327.784-7. Agravante Distrito Federal. Agravado Denilson Fonseca Gonçalves. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 209.714-4. Reclamante Raul Lahude e outros. Reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

Quando achou conveniente, o próprio constituinte fez limitações, deixando ao legislador a possibilidade de estabelecer outras limitações, como a limitação de idade, por meio de leis nos casos de necessidade decorrente da natureza e atribuições do cargo ou emprego público.

Com esta possibilidade, muitos editais, inclusive para concursos nas áreas jurídicas, tais como para Magistratura, Procuradores e Ministério Público de vários Estados, são inconstitucionais por não comprovarem a necessidade da limitação de idade. É notório que os concursos na área jurídica, por envolver atividade intelectual, não deveriam conter limite máximo de idade, salvo as exceções em que o conhecimento jurídico deve estar vinculado ao esforço físico. Mesmo assim, a limitação de idade não se justificaria, pois uma das etapas das provas poderia ser de resistência e aptidão física.

No entanto, como exemplo de abuso na possibilidade do legislador limitar a idade nos certames públicos, tem-se a Lei n. 10.069/94, que determinou, como um dos requisitos para acessibilidade ao concurso da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, a limitação de idade de 45 anos, verificados no momento da inscrição.

Destaca-se que, para determinadas profissões públicas, como as da Magistratura ou do Ministério Público, por exemplo, necessita-se da experiência, que somente a idade pode trazer, a fim de atingir a segurança e a paz social, decorrente destes tipos de atividades jurídicas.

158

O saber é adquirido com o decorrer da vida estudantil e profissional. A maturidade, seriedade e experiência do candidato ao certame devem ser avaliadas nos exames de provas e de provas e títulos, que analisarão seus conhecimentos.

Portanto, a exigência de limite máximo de idade em concurso público somente será considerada constitucional se restar comprovada sua razoabilidade pela natureza e complexidade do cargo ou emprego público, além de anterior previsão em lei, pois o objetivo do Constituinte foi criar uma maior acessibilidade aos cargos e empregos públicos a todos os cidadãos brasileiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vigora, atualmente, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, em que o Estado tem obrigação de atender ao interesse comum da população, ou seja, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais, estando o Administrador vinculado à lei.

A regra geral do concurso público, para preenchimento de cargos e empregos da Administração Pública, surgiu com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1946, sendo novamente salientada pela Constituição Federal de 1988.

O objetivo do concurso público é a seleção do candidato mais qualificado, ao qual todos os cidadãos devem ter acesso e direito de pleiteá-lo, para garantir a eficiência dos serviços públicos postos à disposição da população.

As exceções são as contratações por prazo determinado de excepcional interesse público e as admissões de cargos e funções de confiança. Mas a Administração Pública deve evitar ao máximo esses tipos de provimento, pois fere o princípio da investidura de cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso público, atingindo, conseqüentemente, a Constituição Federal.

A Administração Pública, em sua discricionariedade, poderá determinar restrições para a acessibilidade dos cargos e empregos públicos, mediante a comprovação da necessidade de requisitos por motivos técnicos, sempre atendendo aos princípios da igualdade, proporcionalidade e legalidade, que são os princípios norteadores dos concursos públicos.

Cabe salientar que os princípios constitucionais compõem-se de regras jurídicas efetivas, sendo a base do Direito Constitucional e de todo o sistema normativo brasileiro, além de possuírem eficácia plena. Violar ou restringir um princípio significa transgredir todo o ordenamento jurídico.

Por este motivo, a Constituição Federal objetivou a proteção aos princípios, dentre os quais o princípio da igualdade, não permitindo qualquer tipo de discriminação.

Entre as vedações de discriminação, determinada pela Constituição Federal, está a proibição de limitação de idade para admissão em concursos públicos (art. 7º, XXX), podendo ser declarada inconstitucional a limitação que ferir o princípio da igualdade.

No entanto, se a limitação de idade atender ao princípio da legalidade, ou seja, for legalmente constituída por meio de lei em sentido estrito e por processo legislativo e, ao mesmo tempo, atender o princípio da proporcionalidade, qual seja, a real necessidade decorrente da natureza das atividades, adequando o meio ao fim, a limitação não será inconstitucional ou ilegal.

Além dos princípios constitucionais da legalidade, igualdade e proporcionalidade, analisou-se a possibilidade da limitação de idade para a acessibilidade aos cargos e empregos públicos sob os aspectos sociais, morais e jurídicos, uma vez que afetem a toda a sociedade.

Sob estes três aspectos, como não poderia ser diferente, o que prevalece é o jurídico, pois é ele o balizador e controlador de todos os atos que influenciam a sociedade, evitando excessos e protegendo os direitos individuais e coletivos da população. Entretanto, o Judiciário, em suas decisões, praticamente não tem considerado os aspectos sociais e morais em relação aos critérios que o administrador tem adotado para limitar a idade máxima nos concursos públicos, restringindo-se a ponderar levando em conta a razão de índices meramente técnicos, ou seja, a exigência de força laboral ou física e a idade da pessoa.

Assim, com a aprovação da Lei n. 10.741/2003, foi efetivada a proibição de tratamento discriminatório, determinado pelo art. 7º, inciso XXX, da Constituição

Federal. Contudo, a parte final do art. 39, § 3º, da Constituição Federal determina a possibilidade de disciplinar e limitar a idade para os certames públicos.

Portanto, chega-se à conclusão de que não será inconstitucional o edital que limitar, de forma proporcional, a idade máxima para a investidura em cargo ou emprego público, desde que atenda a uma lei anterior e comprove a real necessidade decorrente da natureza do cargo ou emprego, não configurando, assim, ofensa ao princípio da igualdade humana.

Assim, cabe ao Poder Judiciário e à sociedade o controle da constitucionalidade da possibilidade de limitação de idade, evitando abusos por parte dos Administradores Públicos, pois afrontar o princípio da igualdade é afrontar a própria dignidade humana e a efetivação da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Concursos públicos*. Brasília: Consulex, ano VI, n. 121, jan. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: RT, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei n. 10.741*, de 1º de outubro de 2003. *Estatuto do idoso*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 327.784-7. Agravante Distrito Federal. Agravado Denilson Fonseca Gonçalves. Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional e Administrativo. Recurso Extraordinário n. 209.714-4. Reclamante Raul Lahude e Outros. Reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 14*. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 683*. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, inciso XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula n. 684*. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=SUM>>. Acesso em: 2 jul. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança n. 7008952491. Impetrante Maria Helena Marchesan. Impetrado Prefeito Municipal de Augusto Pestana. Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional e Administrativo. Reexame necessário n. 70001746528. Autora Elena Maria Ferronato. Réu Município de Getúlio Vargas. Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Apelação Civil n. 70011143781. Apelante Luiz Carlos Schneider. Apelado Município de Chapada. Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 29 jul. 2010.

FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do idoso anotado*. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

LIMA, George Marmelsten. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto043.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 10.069*, de 17 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legis/>>. Acesso em: 7 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SPITZCOVSKI, Celso. *Concursos públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Data de recebimento: 30/5/2011

Data de aprovação: 17/6/2011

