

UNIPAC – FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBERABA – MG

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROBERTO DE OLIVEIRA FARIA

LIMITAÇÕES DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PUBLICOS

UBERABA – MG

2015

ROBERTO DE OLIVEIRA FARIA

LIMITAÇÕES DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PUBLICOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Esp. Luis Fernando Alves Silva

UBERABA – MG

2015

ROBERTO DE OLIVEIRA FARIA

LIMITAÇÕES DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PUBLICOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luis Fernando Alves Silva
(Professor Orientador) – UNIPAC

Aprovado em _/_/_

Dedico este trabalho primeiramente a deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia, socorro presente na hora da Angústia, aos meus pais, irmão, avo, a minha querida esposa, aos meus amigos e professores.

“quem comete uma injustiça é sempre mais infeliz que o injustiçado”. (Platão)

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

A esta faculdade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ético aqui presente.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A minha querida e amada esposa, pelo carinho, companhia e paciência.

Ao meu orientador Luis Fernando Alves Silva, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

E a todos que diretamente ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é realizar uma análise constitucional dos editais de concurso público, no intuito de verificar a inconstitucionalidade das limitações impostas à participação de candidatos em concurso em geral, com ênfase nas limitações a candidatos portadores de tatuagem. Foi realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema concurso público, o procedimento administrativo ligado ao concurso e sua forma de realização, bem como dos princípios constitucionais que norteiam a administração pública em geral e os que são aplicáveis particularmente ao edital de concurso público. Foi realizada análise das limitações a candidatos freqüentemente encontradas nos editais de concurso público e observado os casos em que estas possuem amparo legal. Verificou-se ainda que em regra o receio de que se tenha servidores públicos portadores de tatuagem é pautado por um preconceito automático, o qual não pode ser acolhido pelo direito, visto que numa sociedade multicultural, não é possível determinar o que atenta aos bons costumes.

Palavras – chave: Limitações; Concurso público; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to perform a constitutional analysis of tender notices in order to verify the constitutionality of limits placed on participation of candidates in a competition in general, emphasizing the limitations the candidates carriers tattoo. Literature on the subject tender was held, the administrative procedure connected with the competition and its embodiment as well as the constitutional principles that guide the government in general and particularly those applicable to the tender notice. Prospective analysis of the limitations was held frequently found in the notices of tender and observed cases where these have legal support. It was also found that generally the fear that has been public carriers tattoo servers is guided by an automatic bias, which can not be accepted by the right, as a multicultural society, it is not possible to determine which violates morality .

Key - words: limitations; Public tender; Unconstitutional.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art - Artigo

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

Min - Ministro

Des - Desembargador

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TRT - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCURSO PÚBLICO	11
2.1 Agente público e o estado	12
2.1.1 Teoria do mandato	13
2.1.2 Teoria da representação.	13
2.1.3 Teoria do órgão.....	14
2.2 Classificação dos agentes públicos.....	15
2.2.1 Agentes políticos.	15
2.2.2 Agentes administrativos.....	17
2.2.3 Agentes honoríficos.	18
2.2.4 Agentes delegados.	18
2.2.5 Agentes credenciados.	19
2.3 Objeto e procedimentos do concurso público.....	19
2.4 Procedimentos do concurso público	20
2.4.1 A etapa interna do concurso público.....	20
2.4.2 Execução direta e indireta.....	21
2.4.3 A instituição organizadora e banca examinadora do concurso.	22
2.4.4 A etapa externa do concurso público.....	22
2.4.5 A função do edital no concurso público.	23
3 A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO CONCURSO PÚBLICO.....	25
3.1 O princípio da legalidade.....	26
3.2 O princípio da impessoalidade e finalidade.....	27
3.3 O princípio da moralidade ou probidade administrativa	28
3.4 O princípio da publicidade.....	30
3.5 O princípio da eficiência.....	31
3.6 O princípio da razoabilidade.....	31
3.7 O princípio da motivação.....	32

3.8 O princípio da obrigatoriedade	32
3.9 O princípio da vinculação ao edital.	33
3.10 O princípio da competitividade	33
3.11 O princípio da instrumentalidade.....	34
3.12 O princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação.	34
3.13 O princípio da seletividade	35
3.14 O princípio do duplo grau de jurisdição.	35
4 AS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSO PÚBLICO.....	36
4.1 A exigência do teste de aptidão física.....	37
4.2 Candidatos portadores de deficiência.	38
4.3 Avaliação psicológica do candidato.	39
4.4 Limite de idade	39
4.5 Limitação pela altura do candidato.....	41
4.6 Distinção de candidatos por sexo.	41
4.7 Investigação social do candidato.	42
4.8 Limitação a candidatos portadores de tatuagem em concurso público.....	43
5 O RECONHECIMENTO DA REPERCUSÃO GERAL.....	46
CONCLUSÃO.....	47
REFERENCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A busca por uma estabilidade financeira faz com que cada vez mais brasileiros procurem pelos concursos públicos. Tem-se hoje no país aqueles que cursam o ensino superior com o único intuito de preencher requisito para investidura em determinados cargos públicos. Os chamados concurseiros dedicam horas diárias de estudo para obterem a aprovação no certame desejado.

Essa ampla concorrência é algo positivo para administração pública, que em atenção ao princípio da eficiência deve sempre buscar selecionar o candidato melhor qualificado.

Contudo, alguns editais de concurso público apresentam requisitos de limitação a candidatos por motivos injustificáveis, que não se comunicam com a necessidade de selecionar o melhor candidato para o quadro do funcionalismo público.

Neste trabalho, busca-se uma análise de até que momento a máxima de que o edital é a lei do concurso deve vigorar, e até que ponto este pode trazer limitações sem incorrer em ilegalidade.

Dentre as diversas limitações apresentadas por editais, a proibição da tatuagem foi escolhida como ponto principal de abordagem deste trabalho, por se tratar de uma problemática atual, a qual a maioria dos brasileiros esta exposto, visto que seu uso se tornou comum.

2 CONCURSO PÚBLICO

Com o advento da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, foi estabelecido por meio de seu art. 37, os princípios dirigentes da Administração Publica.

O referido artigo em seu inciso segundo determina que a admissão em cargo ou emprego público esta em regra, sujeita a aprovação em concurso publico, de provas ou de provas e títulos, que visam selecionar os candidatos mais capacitados para desempenhar certa atividade, nos quadros de funcionários da administração pública, conforme se vê:

Art 37.

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a

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

Essa determinação esta em consonância com os princípios da democracia e isonomia, atendendo também ao princípio da eficiência, uma vez que busca realizar a escolha do candidato mais habilitado para atender as necessidades da administração publica.

Nesse contexto, o concurso:

é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina ao art. 37, II, da CF (MEIRELLES, 1999, p.396).

A efetivação do concurso ocorre por meio de um processo administrativo, e para tanto, o administrador deverá analisar características peculiares para que sejam cumpridas todas as formalidades administrativas pertinentes ao concurso público. Estas formalidades serão tratadas neste trabalho com a finalidade de que seja possível identificar, o papel do edital de concurso publico e a possibilidade de que este possua inconstitucionalidades.

Tendo em vista que o concurso público visa selecionar novos agentes públicos para desenvolver atividades junto a administração pública, se faz necessário abordagem do conceito de agente público e sua relação com o Estado, para que se possa identificar os agentes públicos a quem é direcionada a exigência de concurso público.

2.1 Agente público e o estado

O termo agente público, é utilizado de forma genérica, para definir todos os indivíduos que estão de alguma forma vinculados ao Estado, de tal modo, que seus atos serão considerados como praticados pelo próprio Estado.

Desta forma, quando se atua na qualidade de agente público, mesmo o ato tendo sido praticado por uma pessoa física, o Estado será o responsável pelas conseqüências deste ato.

Ao considerar que as pessoas jurídicas não possuem vontade própria, é fundamental estabelecer qual é a atribuição que recai ao Estado e às pessoas jurídica de direito público em geral, quanto aos atos das pessoas naturais que agem em nome deles, para que se tenha a presunção de que o ato foi praticado em nome do Estado (ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, 2011, p.117).

Para justificar a legitimidade e responsabilidade do Estado, perante os atos praticados pelos seus agentes públicos, foram criadas diversas teorias que serão abordadas a seguir.

2.1.1 Teoria do mandato

A Teoria do mandato aplica á relação entre o Estado e seu agentes públicos as normas utilizadas pelo direito privado no contrato de mandato, o que no direito privado ocorre por meio do instrumento de procuração, na qual o mandante concede poderes a outra pessoa, denominada mandatário, para que este possa realizar determinados atos em nome do mandante e em sua responsabilidade.

Para esta teoria, o agente público seria o mandatário e o Estado seria o mandante, de modo que o Estado responderia pelos atos praticados pelo mandatário como se o faz o mandante no direito privado.

Há dois principais pontos de fragilidade da Teoria do Mandato. A primeira critica recai na impossibilidade do estado outorgar um mandato se este não possui vontade própria, os ilustres autores ainda argumentam que deste modo não poderia ser respondida a seguinte questão: “quem outorgou o mandato ao agente público?”

Outra critica é apontada no que se refere à falta de esclarecimento nesta teoria, de como deverá ser aplicada a responsabilidade do Estado quando o mandatário ultrapassasse os limites da procuração. Caso se aplicasse nessa situação os moldes aplicados no direito privado, o Estado não seria responsável perante terceiros, quanto aos atos praticados pelo agente público acima das atribuições a ele conferidas (ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, 2011, p.118)

2.1.2 Teoria da representação

A Teoria da Representação baseia a relação entre o agente público e o Estado, na relação de representação de tutor ou curador, para com os incapazes. Deste modo, o agente público atuaria como um tutor ou curador do Estado, para representá-lo nos atos que este necessitasse praticar.

A teoria da representação inspirada no instituto da incapacidade civil, figurava o Estado como um incapaz. Ela afirmava que o agente era o representante legal do Estado. O Estado precisava de alguém que o representasse, de forma a suprir a sua incapacidade, e esse alguém eram os agentes públicos (PEREIRA, acesso em 12 de novembro de 2015).

Semelhante ao que ocorre na Teoria do Mandato, esta teoria traz uma situação em que o Estado ao mesmo tempo em que é considerado incapaz, é quem dá a outorga ao agente público, o que não seria cabível, diante a sua situação de incapacidade trazida pela própria teoria.

2.1.3 Teoria do órgão

Dentre as teorias criadas para justificar a legitimidade e responsabilidade do Estado, perante os atos praticados pelos seus agentes públicos, a Teoria do Órgão, é a teoria majoritária, utilizada pela jurisprudência e pela doutrina.

Nessa teoria, presume-se que a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio dos órgãos, que são partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica, de tal modo que, quando os agentes que atuam nestes órgãos manifestam sua vontade, considera-se que esta foi manifestada pelo próprio Estado. Fala-se em imputação (e não representação) da atuação do agente, pessoa natural, à pessoa jurídica (ALEXANDRINO; VICENTE PAULO, 2011, p.118).

Esta teoria também é utilizada para explicar a validade dos atos praticados pelo funcionário de fato.

“funcionário de fato”, é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados. (BANDEIRA DE MELLO, *apud*, ALEXANDRINO; VICENTE PAULO, 2011, p.119)

Nota-se que apenas os atos que possuírem aparência de ato jurídico legítimo, é que serão considerados como ato do Estado. Deste modo, a situação deve levar o cidadão comum a presumir que esta diante de uma situação regular, visto que este não possui meios de verificar a real situação do agente público que assim se apresenta. Nós

demais casos, sendo possível verificar que o agente não se encontra investido em cargo ou função pública, os atos não serão imputados ao Estado.

Esta teoria é utilizada por muitos autores pra justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato; considera-se que o ato do funcionário é ato do órgão, portanto, imputável à Administração. A mesma solução não é aplicável à pessoa que assuma o exercício de função pública por sua própria conta, quer dolosamente (usurpador de função), quer de boa-fé, para desempenhar função em momento de emergência, porque, nesse caso é evidente a inexistência da investidura do agente no cargo ou função.

Vale dizer que existem limites à teoria da **imputabilidade** ao Estado de todas as atividades exercidas pelos órgãos públicos; para que se reconheça essa imputabilidade, é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou seja, de poder reconhecido pela lei ou que, pelo menos tenha **aparência** de poder jurídico, como ocorre no caso da função de fato. Fora dessas hipóteses, a atuação do órgão não é imputável ao Estado. (destaques no original). (DI PIETRO *apud*, ALEXANDRINO; VICENTE PAULO, 2011, p.119)

2.2 Classificação dos agentes públicos

Abordada a responsabilidade do Estado quanto aos atos praticados pelos agentes públicos, e já visto que o termo agente público é utilizado de forma genérica, se faz necessário abordar a classificação dos agentes públicos.

Os agentes públicos englobam desde os chefes do poder executivo, até os servidores do poder público que exercem funções subordinadas.

Os agentes públicos são divididos em cinco grupos, sendo eles, os agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados (MEIRELLES *apud* MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, 2011, p. 126).

2.2.1 Agentes políticos

Os agentes políticos são os que ocupam cargos de alto escalão, e a eles recai a responsabilidade de dirigir, orientar e supervisionar de modo geral a administração pública.

As quatro principais características atribuídas aos agentes políticos, são: A competência desses agentes é retirada da própria constituição; eles não se sujeitam às regras que são comumente aplicadas aos servidores públicos em geral; normalmente são

investidos sem seus cargos por meio de eleição, nomeação ou designação; em regra não são hierarquizados, sujeitando-se, tão somente às regras apresentadas pela constituição. No que se refere à hierarquia, a exceção recai sob os auxiliares imediatos dos chefes do poder executivo (ALEXANDRINO; VICENTE PAULO, 2011, p.127)

Diante a natureza de seus cargos e a necessidade de liberdade para tomar decisões relevantes para a administração pública, os agentes políticos possuem uma serie de prerrogativas retiradas diretamente da constituição federal.

Nesse contexto:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I. 2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de

improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (STF - Rcl: 2138 DF , Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094).

Conclui-se que além dos privilégios já previstos na constituição federal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a reclamação de número 2138-6, se posicionou quanto ao tema, considerando que a Lei 8.429/1992 que trata da improbidade administrativa, apresentada sob o art. 37,§4º da CRFB/88, não é aplicável a todos os agentes políticos, visto que alguns deles já estão sujeitos ao regime de crime de responsabilidade.

2.2.2 Agentes administrativos

Os agentes administrativos são aqueles que exercem uma atividade pública de natureza profissional e remunerada, sujeitas à hierarquia funcional e ao regime jurídico estabelecido pelo ente federado a que são vinculados, e podem ser classificados como servidores públicos; empregados públicos e temporários (ALEXANDRINO; VICENTE PAULO, 2011, p.127).

Os servidores públicos são chamados de agentes administrativos estatutários, pois estão vinculados a um regime jurídico-administrativo com estatuto próprio, eles que ocupam cargos em comissão ou de provimento efetivo, e são admitidos por meio de indicações ou concurso público respectivamente.

Os empregados públicos são chamados de agente administrativos celetistas, eles estão sujeitos basicamente as regras estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e são admitidos por meio de concurso público, para exercer empregos públicos, e possuem contrato de trabalho.

Já os temporários, não possuem contrato de trabalho, e não estão vinculados a CLT, de modo a não se enquadrarem na classificação de empregados públicos. Os agentes administrativos temporários também não são considerados estatutários, embora estejam vinculados à administração pública por um regime funcional de direito público. Eles exercem uma função pública por um período determinado, visando atender uma necessidade excepcional do interesse público.

Essa classificação não é pacífica na doutrina, há autores que entendem que a classificação deve ser feita genericamente como servidor público para representar todos

que mantém vínculo profissional com as entidades governamentais, e só posteriormente deve ser feita uma distinção entre espécies de servidores públicos. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.253).

2.2.3 Agentes honoríficos

Os agentes honoríficos, também chamados de particular em colaboração, não possuem vínculo profissional com o poder público e frequentemente desempenham suas funções sem receber remuneração. Trata-se de cidadãos requisitados para colaborar com o Estado em situações específicas como é o caso dos mesários eleitorais e jurados entre outros. Esses agentes administrativos são considerados funcionários públicos apenas para fins penais.

Esses agentes podem ser definidos como os requisitados, que exercem munus público e são os recrutados para o serviço militar obrigatório; os jurados e os que trabalham nos cartórios eleitorais, quando das eleições; os gestores de negócios públicos que assumem a gestão da coisa pública livremente, em situações anormais e urgentes, dentre outros (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p.177)

2.2.4 Agentes delegados

Os agentes delegados podem ser exemplificados pelos serventuários de cartório, concessionários e permissionários de serviço público, e pelos leiloeiros entre outros. Estes são particulares que exercem em nome próprio determinada atribuição que seria do Estado, sob a permanente fiscalização do poder delegante.

Os agentes delegados não são servidores públicos, e também não atuam em nome do Estado, eles apenas colaboram com o Poder Público, na chamada descentralização por colaboração (MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, 2011, p. 128).

Por não atuarem em nome do poder público, eles estão sujeitos a responsabilidade civil objetiva, e ao mandado de segurança.

A exemplo do que ocorre com os particulares em colaboração esses agentes administrativos são considerados funcionários públicos apenas para fins penais.

2.2.5 Agentes credenciados

Os agentes credenciados podem ser classificados como os que recebem a incumbência da administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do poder público credenciante (MEIRELLES apud MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, 2011, p. 129).

Como exemplo de agentes credenciados, tem-se as clínicas especializadas credenciadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS, as clínicas especializadas credenciadas pelo DETRAN e a atribuição a alguma pessoa da tarefa de representar o Brasil em determinado evento internacional. Esses agentes administrativos são considerados funcionários públicos no tange os crimes contra a administração pública.

2.3 Objeto e procedimentos do concurso público

Conforme se verifica nas explicações acima prestadas, entre os agentes públicos, apenas os servidores e empregados públicos, são admitidos por meio de concurso público, visto que apenas estes são titulares de cargos e empregos públicos.

Nesse contexto, diante a necessidade de concursos públicos para investidura nos cargos e empregos públicos, classifica-se o concurso público como um procedimento administrativo que possui como objeto material os empregos e cargos públicos que precisem ser preenchidas com urgência, classifica ainda como objeto jurídico deste procedimento a ocupação das referidas vagas pelos candidatos que sejam classificados e selecionados por meio da realização de provas ou de provas e títulos, obedecendo atentamente à ordem classificatória (MAIA in QUEIROZ, 2007, p. 14).

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público (MELLO, 2013, p.285).

2.4 Procedimentos do concurso público

A legislação não apresenta de forma específica normas que regulamentem as etapas a serem cumpridas nos concursos públicos. A carta magna impõe que sejam realizadas provas ou provas e títulos de acordo com a complexidade do cargo ou emprego público, mas é omissa quanto a forma de aplicação desses concursos e quanto as demais etapas que este eventualmente possua.

Esta omissão da legislação faz com que cada edital de concurso público apresente suas próprias regras, o que acaba por prejudicar aos que são leigos e não conseguem detectar quanto o edital apresenta requisitos contrários a princípios garantidos pela própria constituição.

Embora a legislação não apresente em termos exatos a forma como se dará a realização do concurso este deve antecedidos por regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas, o que se dá por meio do edital (MEIRELLES, 1999, p. 388).

A publicação do edital marca o início da etapa externa do concurso, que se encerra com a homologação do certame. No entanto, mesmo antes de publicado o edital o concurso já se encontra em andamento, por meio da etapa interna.

2.4.1 A etapa interna do concurso público

Nesta fase a Administração Pública realiza uma análise quanto a existência de cargos pendentes de ocupação em suas diversas esferas e a necessidade de ocupá-los, sendo que em seguida a este levantamento, é realizado um estudo quanto aos eventuais custos que estas futuras admissões de pessoal trarão á Administração Pública, devendo ser verificado se estes valores se encontram de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal (GASPARINI; MOTTA, 2007, p. 51-53).

Com base nesses ensinamentos entende-se que a instauração do concurso público é um ato discricionário da administração pública, considerando que cabe a ela analisar a conveniência e oportunidade de realizar o certame, bem como pode ajustá-lo à sua situação orçamentária, visando adequar-se às normas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A necessidade de verificação da situação orçamentária da Administração Pública é imposta pelo art. 169 da Constituição Federal, o qual estabelece que apenas com prévia dotação orçamentária é que poderão ser feitas admissão ou contratação de pessoal.

Art. 169. A despesa com o pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos ou entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

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

[...].

Definida a necessidade e conveniência da realização do concurso público, a Administração Pública deve escolher entre realizar o concurso público de forma direta ou indireta (MAIA in QUEIROZ, 2007, p.80).

2.4.2 Execução direta e indireta

Quando a Administração Pública optar por realizar a execução do certame de forma direta, esta deverá realizar o concurso com seus próprios recursos, já quando ocorre a opção pela realização do concurso de forma indireta, a Administração deve delegar a execução a outro órgão ou instituto que denominado como instituição organizadora (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 82).

Quando a Administração Pública escolher por realizar o concurso público de forma indireta, é necessário que seja contratada uma empresa na qualidade de instituição organizadora para realizar a execução deste concurso público, esta contratação deverá obedecer aos ditames do art.24, VIII, da Lei 8.666/93, sendo realizada por meio de licitação, conforme se observa no referido artigo.

Art. 24 - É indispensável a licitação:

[...]

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Nessa situação, a Administração Pública irá apenas definir as condições basilares para a realização do concurso, não se envolvendo na execução do mesmo, o que caberá a intuição organizadora.

2.4.3 A instituição organizadora e a banca examinadora do concurso

Quanto a este tema, o professor Ricardo J. Ferreira traz em seu artigo esclarecimentos quanto às diferenças de atribuição e classificação entre a instituição organizadora e a banca examinadora:

Muito embora, na prática, tenham sido consagradas como expressões sinônimas, instituição organizadora e banca examinadora são institutos completamente diferentes. Instituição organizadora é a pessoa jurídica ou órgão responsável pela gestão do processo de seleção de candidatos mediante concurso. Recebe delegação da entidade que precisa admitir pessoas pelo mais democrático dos meios para realizar o certame, no qual se pretende selecionar os candidatos mais bem qualificados. À instituição organizadora cabe, também, a formação da banca examinadora, composta por pessoas físicas dotadas, em tese, de conhecimento notório nas disciplinas que serão objeto das questões das provas. Quando a instituição organizadora é vinculada a um grande centro de estudos ou pesquisas, a banca tende a ser formada por seus pesquisadores, professores, cientistas (FERREIRA, acesso em 10 de outubro de 2015).

A uniformidade da banca examinadora traz ao candidato o que é chamado de jurisprudência da instituição organizadora. Deste modo quanto à instituição organizadora esta vinculada a algum centro de estudos, compondo a banca examinadora com seus profissionais, a tendência é de as provas de concurso distintos recebam o mesmo tipo de tratamento. O que não ocorre quanto a instituição organizadora por não possuir vínculo com nenhum centro de estudos, elege profissionais diversos para composição das bancas examinadoras (FERREIRA, acesso em 10 de outubro de 2015).

2.4.4 A etapa externa do concurso público

Conforme se retira dos pontos abordados no tópico anterior, a fase interna reflete um momento de preparo do processo administrativo do concurso público, já na fase externa, tem-se um momento voltado para a escolha do candidato, nessa fase ocorrem a divulgação do edital do concurso público, as inscrições dos candidatos interessados no

certame, a realização das provas, a classificação dos candidatos e a homologação do concurso.

A fase externa do concurso é marcada pela publicação do edital, o qual pode ser definido como:

[...] instrumento através do qual a Administração Pública interessada na admissão ou contratação de pessoal noticia a abertura de concurso público de ingresso no serviço público, fixa as condições de sua realização e de participação dos candidatos ao preenchimento dos cargos, funções ou empregos públicos postos em disputa (GASPARINI I; MOTTA, 2007, p. 65).

Diante ao grande alvo deste trabalho, que é abordar a inconstitucionalidade de editais de concurso público, no que tange a exigência expressa em alguns de que os candidatos que possuam tatuagens faz-se necessária uma abordagem mais detalhada do conceito de Edital de concurso público, bem como dos princípios que regem o concurso público.

2.4.5 A função do edital no concurso público

A publicação e a divulgação do edital marcam o início da etapa externa do concurso, que é compreendida a partir da fase de abertura do certame, até ao momento da homologação do concurso público.

Em atenção ao que dispõe os princípios da publicidade e da competitividade, o edital deverá ser amplamente divulgado, o que conforme prevê o art. 21, §2º, I, “a” da Lei 8.666/93, deve ocorrer com o prazo mínimo de 45 dias de antecedência da realização do certame:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

Concurso.

[...]

A publicação do edital é condição fundamental para a realização de qualquer concurso público, além de dar publicidade ao certame, o edital também disciplina o

processo do concurso apresentando as condições para sua concretização, o que faz com que o edital seja visto como a própria lei do concurso público.

Em cada concurso são visualizados diferentes requisitos aos candidatos, o edital termina desde a qualificação acadêmica necessária a ser atendida pelos participantes, até a data de realização das provas e conteúdo a ser cobrado.

O candidato que tenha interesse em participar do concurso público divulgado pelo edital deverá voluntariamente, demonstrar seu intuito, por meio de sua inscrição no certame, que estará sujeita à triagem da autoridade administrativa, que deverá homologar a inscrição caso tenham sido atendidos os requisitos determinados no edital (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 94).

Quanto à natureza, as provas dos concursos públicos podem ser escritas (objetivas, discursivas/dissertativas e mistas), orais, de capacidade física, psicotécnicas, práticas e de títulos; quanto à existência, ou não, de caráter excludente do certame, as provas podem ser exclusivamente classificatórias, exclusivamente eliminatórias ou classificatórias e eliminatórias; quanto ao objeto de avaliação, as provas podem ser de conhecimento (provas escritas e orais), de habilidade específica (provas práticas), físico-orgânicas (prova de capacidade física), de aptidão psicológica (provas psicotécnicas) e culturais (provas e títulos). (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 104)

Não há polemica quanto ao papel desempenhado pelo edital ao estabelecer os pontos administrativos ligados ao certame, como quais materiais poderão ser utilizados durante a realização da prova, horário de fechamento dos portões, data para divulgação do resultado, dentre outros.

A discussão a cerca do edital, se enquadra nos requisitos de qualificação dos candidatos. Devido à natureza de cada cargo, o edital traz em seu texto exigências aos candidatos que superam a qualificação acadêmica, sendo por vezes são apresentadas limitações não só quanto à tatuagem, alvo deste trabalho, mas também limitações de idade, sexo, altura, dentre diversos outros requisitos de caráter limitante. Contudo, algumas destas limitações não possuem amparo legal.

A máxima que visualiza o edital como a lei do concurso público se ampara no princípio da vinculação ao edital, segundo esse princípio, todos os atos realizados que possuam ligação com o concurso devem estar previamente dispostos no edital. Assim, tanto os candidatos devem atender aos requisitos apresentados pelo edital, como também a administração deve observar-lo.

No entanto o edital não é uma lei, tratasse de um ato normativo, e por tanto está sujeito ao princípio da legalidade, de tal modo que seus requisitos devem estar em

conformidade com o que já é estabelecido pela legislação, sob pena do edital ser considerado ilegal.

A própria Carta Magna determina, por meio do art. 39 §3º prevê que os requisitos a serem atendidos em concurso público devem ser estabelecidos por lei, não podendo o edital trazer limitações que a legislação não estipulou.

Desde modo, se faz necessária a abordagem das limitações apontadas pelos editais, visualizando o amparo legal de cada uma delas, ou sua ilegalidade, de acordo com cada caso.

3 A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO CONCURSO PÚBLICO.

No intuito de garantir que os atos praticados pela administração pública atendam sempre ao melhor para a sociedade, esses atos praticados pela administração estão vinculados a regras e princípios que devem sempre ser observados. Esses princípios devem ser observados também no concurso público, visto que o concurso é um ato administrativo.

Apesar de constar expreso no art.37 da CRFB/88 apenas os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, outros princípios também são dignos de serem tidos como princípios constitucionais vinculados a administração pública, alguns por decorrerem diretamente da interpretação dos princípios que se encontram expressos, outros por serem consequência do próprio Estado de Direito, e por isso do próprio sistema constitucional por um todo. (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 86).

Observado que os princípios constitucionais não se limitam ao texto expreso da CRFB/88, justifica-se o entendimento de que além dos princípios que devem ser observados pela administração pública em geral, que se encontram apresentados pelo art. 37, caput da CRFB/88 como sendo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o concurso público ainda deve obediência a princípios próprios, devido a sua natureza peculiar.

Deste modo, se faz necessária a análise dos princípios aplicáveis ao concurso público, o que se faz nesse trabalho considerando os princípios expressos e implícitos na CRFB/88, para que seja possível avaliar a inconstitucionalidade da limitação a

candidatos que possuam tatuagem de participar de concurso público, sendo posteriormente possível identificar eventuais princípios violados com esta limitação.

3.1 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade possui sua fundamentação constitucional nos art. 5, II e art. 37 caput da CRFB/88 nos seguintes termos:

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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

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:

[...]

Conforme o que se retira do texto constitucional, o princípio da legalidade deve ser visualizado por dois prismas distintos. No que tange ao direito individual, ele garante ao particular que possa fazer tudo o que não for proibido por lei. Já para a administração pública o mesmo princípio deve ser análise outro modo.

O princípio da legalidade condiciona os atos da administração pública ao que a lei determina, não bastando que a legislação não tenha proibido determinado ato, é necessário que ela tenha expressamente autorizado ou determinado.

Os casos em que a legislação autoriza o ato são chamados de atuação discricionária, já os casos em que a lei determina que tal ato seja realizado, são chamados de atuação vinculada.

Quanto à aplicação do inciso II do art. 5º da CRFB/88:

Podemos de pronto perceber que a última asserção é inaplicável à atividade administrativa. Deveras, para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma estando adstrita à lei, a qual expressa a “vontade geral”, manifestada pelo representante do povo, único titular originário da “coisa pública”. Tendo em conta o fato de que a Administração Pública está sujeita, sempre ao princípio da indisponibilidade do interesse público – e não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei (e a própria constituição), expressão legítima da “vontade geral” -, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; é necessária a existência de

uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa (ALEXANDRINO; VICENTINO, 2011, p.189).

Os mesmos ilustres doutrinadores ainda apontam que quanto a este tema há a necessidade de uma análise da lei 9.784/99 que regula o processo administrativo na esfera federal, a qual determina no inciso I, parágrafo único de seu art.2º:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito

[...]

Com base nesta análise observa-se que a Administração Pública deve observar não somente o que se encontra disposto na legislação expressa, mas também devem ser observados os princípios constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo.

Desde modo, pode-se concluir que por se tratar de um ato administrativo, o edital de concurso público deve obediência à legislação, não podendo inovar em suas limitações e procedimentos.

3.2 O princípio da impessoalidade e finalidade

O princípio da impessoalidade possui duas vertentes diferentes. Uma delas ligada à idéia de vedação a promoção pessoal por meio de realizações feitas pela administração pública. (ALEXANDRINO; VICENTE PAULINO, 2011, p.194).

A visão do princípio da impessoalidade sob esse prisma possui amparo legal no art. 37 § 1º da CRFB/88:

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:

[...]

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

[...]

Sob esta ótica, os todos os atos praticados pelos agentes públicos, devem ser visto como atos praticados pela própria administração pública.

A segunda definição atribuída ao princípio da impessoalidade, é a mais tradicional e esta relacionada ao princípio da finalidade, o qual é visto como um princípio constitucional subentendido no princípio da impessoalidade.

Sob esta visão tem-se a vedação de que a administração pública se desvie da finalidade de satisfazer ao interesse público para atender aos interesses de particulares.

Neste sentido:

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência. Dessa forma, ele impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será **nulo** por desvio de finalidade. Exemplo marcante de ofensa ao princípio da impessoalidade (e também ao da moralidade; entre outros) é a prática do nepotismo – nomeação de parentes para cargos cujo provimento seja não exija concurso público – infelizmente ainda corriqueira em nossos meios políticos.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a impessoalidade, especialmente na acepção ora em foco, é decorrência da isonomia (ou igualdade) e tem desdobramentos explícitos em dispositivos constitucionais com o art. 37 II, que dispõe o concurso público como condição para ingresso em cargo efetivo ou emprego público (oportunidades iguais para todos), e o art. 37, inciso XXI, que exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes (ALEXANDRINO; VICENTINO, 2011, p.194).

Deste modo, todos os atos praticados pela administração pública devem visar atender ao interesse público atendendo assim também ao princípio da finalidade, além disso, nenhum ato administrativo deve ser utilizado para promoção pessoal.

Ambos os pontos de vista foram considerados pela Lei 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

[...]

3.3 O princípio da moralidade ou probidade administrativa

A moral a que se refere o princípio da moralidade não é a moral comum aplicada à sociedade em suas relações sociais. Esse princípio trata da moral administrativa, a qual esta ligada ao conceito de probidade e boa fé.

É importante compreender que o fato de a Constituição haver erigido a moral administrativa em princípio jurídico expresso permite afirmar que ela é um requisito de **validade** do ato administrativo, e não de aspecto atinente ao mérito. Vale dizer, um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a **uma** análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de **legitimidade**, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente.

Em conseqüência, o ato contrário a moral administrativa **não** deve ser revogado, e **sim** declarado **nulo**. Mais importante, como se trata de controle de legalidade ou legitimidade, este pode ser efetuado pela Administração e, **também**, pelo Poder Judiciário (desde que provocado). (ALEXANDRINO; VICENTINO, 2011, p.194).

Ao tratar das sanções aplicáveis a quem cometer atos de lesão à moralidade, a CRFB/88 aponta como crime de responsabilidade os atos praticados pelo presidente da república contra a probidade administrativa, o termo improbidade administrativa, é retirado da redação dada pelo art. 37 § 4º da CRFB/88 que assim se refere ao falar dos atos lesivos ao princípio da moralidade administrativa:

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:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

[...]

Além de tipificar os referidos atos, a CRFB/88 se atentou a conceder em seu art. 5º LXXIII meios de proporcionam aos particulares condições para exercer o controle judicial do princípio da moralidade administrativa:

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:

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (grifo nosso).

[...]

Em análise a estes artigos, retira-se o ensinamento de que, para considerar o administrado público ímprobo, não é necessário que seus atos causem prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, agir de forma ilícita na realização do concurso público já é o suficiente para que este cometa improbidade.

3.4 O princípio da publicidade

Pelo princípio da publicidade a administração pública tem o dever agir com transparência, publicando todos os atos praticados. Essa transparência permite sociedade controlar o que é feito pela administração. A publicidade ainda esta ligada a eficácia do ato, estando este apto a produzi efeitos apenas após a sua publicação.

Quanto a definição do princípio da publicidade:

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os irregulares a dispensam para sua exiguidade, quando a lei ou regulamento a exige. (MEIRELLES, 1999, p. 87)

O princípio da publicidade que além da previsão constitucional expressa no art.37 da CRFB/88 esta ainda previsto no art.5º, XIV e XXXIII, o que traz a obrigatoriedade que nenhuma etapa do concurso seja realizada sob sigilo.

Art 5º [...]

XIV - assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

[...]

XXXIII - todos têm direito receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Caso o administrador realize etapas do concurso público de forma sigilosa violando assim o princípio da publicidade, estará incorrendo em ato de improbidade administrativa, por negar publicidade a atos oficial, conforme dispõe art. 11, IV, da Lei 8.429/92:

Art. 11 - constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e, notadamente:

[...]

IV - negar publicidade aos atos oficiais.

Assim, os candidatos devem ser informados de todos os atos praticados, garantindo aos participantes poder de fiscalização e igualdade na concorrência.

3.5 O princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi incluído no rol dos princípios administrativos tratados pelo art. 37 caput da CRFB/88 por meio da Emenda Constitucional nº. 19/98.

Esse princípio visa a aferição de resultados, aproximando a Administração Pública do administração de empresas privadas, buscando que o serviço público seja prestado de forma adequada a atender as necessidades da sociedade.

As avaliações de desempenho de servidores públicos, tanto quanto requisito durante o estágio probatório para que se atinja a estabilidade, quanto a possibilidade de perda do cargo por meio de procedimento de avaliação periódica, são desdobramentos do princípio da eficiência.

Entende-se que o princípio da eficiência exige da Administração Pública que sua atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional (MEIRELLES, 1999, p. 89).

Esse princípio possui reflexos no concurso público, diante a obrigatoriedade de que seja contratado o candidato melhor classificado, não podendo o administrador realizar contratações de acordo com seu próprio entendimento. Pois se espera que o candidato que atingiu melhor pontuação no certame atenderá melhor aos interesse da administração pública.

3.6 O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade se encontram implícitos na constituição federal no art. 5º LIV, que trata sobre o devido processo legal.

Por este princípio, tem-se que os atos praticados pela Administração Pública devem ser embasados em critérios racionais, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida (MELO, 2003, p. 99).

Seguindo o princípio da razoabilidade, entende-se que a Administração Pública deve balancear seus atos com proporcionalidade, seguindo critérios coerentes.

3.7 O princípio da motivação

Os atos da administração pública precisam ser motivados, devendo a autoridade administrativa apresentar as razões que a levaram a tomar uma determinada decisão. Sendo a motivação necessária para todo e qualquer ato administrativo e devendo esta ser de forma clara e explícita.

Sem a explicitação dos motivos torna-se muito difícil sindicá-los, considerá-los ou aferir a correção daquilo que já foi decidido, por isso, tal exigência, e extremamente importante que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão.

e imprescindível a motivação da atividade administrativa (embora muitos autores se neguem, asseverando, equivocadamente, ser a motivação obrigatória, apenas e tão somente, quando o texto de lei expressamente a previr). (FIGUEIREDO, 2006, p. 52).

A falta de motivação no ato discricionário abre a possibilidade de ocorrência de desvio de finalidade ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, impossibilidade de efeito controle judicial.

3.8 O princípio da obrigatoriedade

Dando destaque a esse princípio, a obrigatoriedade de concurso público é aplicada a todos os casos de investidura em emprego, função ou cargo público, uma vez que a Constituição Federal 1988 na íntegra do artigo 37, II.

Contudo, a Constituição apresenta também exceções a este princípio, nos casos de nomeações ou eleições, nesse sentido tem-se o entendimento do doutrinador, Agapito Machado Junior:

Sabe-se, porém, que o próprio constituinte permitiu algumas exceções à regra da obrigatoriedade do concurso público, seja porque adotou a técnica da nomeação ou das eleições já referidas, seja mesmo porque se afastou da regra da sua realização apenas para situações extraordinárias ou em que haja manifesta temporariedade no serviço público, ou seja, não haverá que se falar

em obtenção da estabilidade no serviço público em tais casos, a exemplo, nos cargos comissionados, nos exatos limites fixados na lei, que não têm o atributo da perenidade (efetividade).(MACHADO JÚNIOR, 2008, p. 16.)

Deste modo, observa-se que embora haja exceções, o concurso público é a regra para o ingresso no funcionalismo público.

3.9 O princípio da vinculação ao edital

No que tange a elaboração do edital, a Administração Pública goza de um poder discricionário para definir os requisitos a serem atendidos pelos candidatos, a forma como as provas serão aplicadas, os critérios de avaliação e o conteúdo do certame em geral.

O princípio da vinculação ao edital não é absoluto e deve obediência a legislação vigente. Embora a administração seja livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, isto deve ser feito com igualdade para todos os candidatos. (MEIRELLES, 1999, p. 389).

Deste modo, os ditames do edital devem obediência a lei e a princípios, sendo que após serem estabelecidos, vinculam às regras do edital, tanto a Administração Pública quanto os candidatos, de tal modo que todos atos praticados estarão sujeitos ao que foi previamente estabelecido pelo edital.

Caso o edital viole princípios constitucionais ou a própria lei, estará este sujeito à nulidade.

3.10 O princípio da competitividade

O princípio da competitividade é tratado como um subprincípio no qual se objetiva garantir a isonomia no concurso público.

Entende-se que sem a competitividade, fica comprometido o objetivo da Administração Pública de selecionar o melhor candidato para os quadros do funcionalismo público.

O estabelecimento de requisitos e exigências desnecessárias à finalidade dos procedimentos concorrenciais comprometem a aplicação do princípio da competitividade. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 27)

Deste modo, quanto o certame apresenta requisitos desnecessários, desencorajando os candidatos a se inscreverem no certame, prejudica-se a aplicação do princípio da competitividade.

3.11 O princípio da instrumentalidade

Quanto ao princípio da instrumentalidade, tem-se que o concurso público não possui uma forma ou procedimento específico constituído na carta magna. (MEIRELLES, 1999, p. 388)

Contudo, apesar da falta de especificação na constituição, é necessário que o concurso seja antecedido por uma regulamentação legal ou administrativa, que deve ser ainda amplamente divulgada.

Deste modo, aplicar o princípio da instrumentalidade é a forma utilizada para tentar se evitar que o certame incida em vício de ilegalidade com conseqüente decretação de nulidade do concurso.

3.12 Princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação

O princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação, surge no momento em que é elaborada a lista com a relação final dos candidatos aprovados. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 30)

Esse princípio foi consagrado, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da edição da súmula nº 15 que assim dispõe: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da ordem de classificação”

A carta magna ainda traz expresso em seu texto à necessidade de se obedecer a ordem de classificação na seguinte passagem:

Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Deste modo, ao final das etapas do certame deverá ser realizada uma lista com a classificação dos candidatos aprovados, a qual deverá ser seguida pela administração no momento das nomeações, não podendo que um candidato que atingiu melhor classificação seja nomeado após um candidato que atingiu classificação inferior.

3.13 O princípio da seletividade

Como já visto, o concurso público visa a seleção de pessoas que possuam a melhor qualificação, dentre os requisitos apontados como necessários pela Administração Pública, para se exercer as atividades do serviço público.

No momento de seleção dos candidatos são utilizados pela administração critérios de discriminação, os quais devem ser anteriormente estipulados no intuito de se atender ao princípio da isonomia.

O princípio da seletividade esta relacionado com outros, como o já falado princípio da isonomia e também o princípio da razoabilidade. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 32)

Nesse sentido, é inaceitável a ausência de compatibilidade entre o conteúdo das avaliações executadas durante o concurso público e a natureza do cargo a ser preenchido; de tal modo que a aplicação do princípio da seletividade proporciona à administração pública uma escolha criteriosa, feita de forma adequada e justa dos agentes públicos que irão integrar o funcionalismo público. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 32)

3.14 O princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição se refere a possibilidade de se ter recursos na esfera administrativa, mesmo no que tange aos concursos públicos, não podendo a Administração Pública negar ou dificultar este direito, visto que o mesmo encontra embasamento constitucional no princípio da ampla defesa apresentado pelo art, 5º, LV da CRFB/88:

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:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

[...]

O recurso administrativo é o meio viável de se buscar o reexame de decisão interna concedida pela própria Administração Pública, o que proporciona ao candidato do certame o direito ao contraditório e a ampla defesa.

A Administração Pública não pode de qualquer forma negar um recurso administrativo uma vez que aos litigantes de processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa. (MELO, 2003, p. 137).

Realizada a abordagem quanto aos princípios constitucionais aplicáveis ao concurso público, torna-se possível a análise das constitucionalidades e inconstitucionalidades visualizadas nas limitações estabelecidas por alguns editais de concurso público.

4 AS LIMITAÇÕES DOS EDITAIS DE CONCURSO PÚBLICO

Conforme observado no tópico referente ao princípio da seletividade, no intuito de selecionar o candidato que possua a melhor qualificação, dentre os requisitos necessários para se exercer as atividades do serviço público, a Administração Pública estabelece requisitos que devem ser preenchidos pelos candidatos durante a realização do certame.

Assim sendo, no momento de seleção dos candidatos são utilizados pela administração critérios discriminatórios no intuito de viabilizar a seleção de candidatos. Contudo, é necessário visualizar que esses critérios discriminatórios não podem extrapolar as qualificações necessárias para o exercício da profissão almejada.

Uma vez assegurado pela carta magna que todos são iguais perante a lei, também deve ser assim entendido iguais perante administração, de tal forma que aos iguais deve ser aplicado um tratamento impessoal sem discriminações. (GASPARINI, 2004, p. 20).

Sob pena de ferir o princípio da isonomia, não pode o administrador lesar interessados em participar do certame com a utilização de critérios de admissão baseados em fatores de discriminação.

A Administração Pública não pode utilizar de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. (MELO, 2003, p. 73)

Essa conduta é vedada até mesmo entre os particulares, conforme estabelece o art 7º, XXX, da CRFB/88, artigo este também aplicável aos servidores ocupantes de cargo público:

Art 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX – proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Art 39 [...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Extrai-se do artigo acima citado, que somente a lei esta apta para instituir requisitos diferenciadores de admissão nos casos em que a natureza do cargo exigir.

Assim sendo, as limitações apresentadas pelos editais de concurso público devem possuir previsão legal, conforme se encontra disposto no art. 5º, XIII, o qual afirma ser **livre o exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão**, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Desta forma, por ser o edital um ato infralegal, este não é o meio adequado para seja estabelecido requisitos inéditos, não previstos na legislação, ou ainda, que apesar de possuir previsão legal não apresentem coerência com os princípios constitucionais tratados.

4.1 A exigência do teste de aptidão física

O teste de aptidão física é incluído em muitos concursos públicos como uma das etapas de apuração da eficiência dos candidatos. No entanto, o teste de aptidão física apenas é permitido nos casos em que a capacidade física seja compatível com o cargo pretendido, e que haja a previsão do referido teste na lei que criou o cargo, pois como já

dito anteriormente, o edital não pode inovar apresentando limitações que não se encontram dispostas na legislação.

Nesse sentido tem-se o entendimento do STJ, ao declarar a ilegalidade de teste de aptidão física realizado sem a devida previsão legal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO. 1. O início do curso de formação não implica perda do objeto da demanda na qual o candidato busca a anulação do ato que o excluiu do certame. 2. O edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu. Ou seja, somente pode haver exigência de teste de capacidade física se houver previsão na lei que criou o cargo. Precedentes do STF e do STJ. 3. Hipótese em que não há previsão na Lei Estadual 6.843/86 (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina) para o teste de aptidão física a que foi submetida a recorrente, pelo que descabida sua exigência. 4. Recurso ordinário provido (STJ – RMS: 23111 SC 2006/0246918-3, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 18/03/2008, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1)

É necessário que o pré-requisito da capacidade física guarde correspondência de razoabilidade e proporcionalidade com a natureza do cargo pretendido, bem como possua previsão legal. Deste modo, sendo atendidos estes requisitos, a exigência do teste de aptidão física será considerado constitucional.

4.2 Candidatos portadores de deficiência

Na busca por reduzir a desigualdade experimentada pelos portadores de deficiência, a CRFB/88 em seu art. 37, VIII, assegurou que a lei deverá reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Deste modo, na medida da limitação do candidato portador de deficiência, este não poderá ser discriminado, devendo a Administração Pública buscar meios de atingir a inclusão social, sendo vedada qualquer discriminação no que tange a forma de admissão e ao salário ofertado, conforme dispões o art. 7º, XXXI da CRFB/88.

A determinação da Constituição Federal surtiu efeitos tanto com a publicação do decreto 3.298/99 criado para regulamentar a Lei 7.853/89, o qual assegurou aos portadores de deficiência o direito de inscrição em concurso público, com igualdades de

condições com os demais candidatos e reserva de 5% das vagas para os que apresentam deficiência física, como também sofreu efeito com a Lei 8.112/90 que ao dispor do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, estabeleceu a reserva de até 20% das vagas dos concursos públicos para candidatos portadores de deficiência.

Nos certames em que são oferecidas vagas para portadores de deficiência a nomeação dos candidatos deverá ocorrer de forma alternada contemplando candidatos das duas listas. (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 220).

4.3 Avaliação psicológica do candidato

O exame psicotécnico é alvo de diversas contestações na esfera judicial, a maioria delas ligada a subjetividade que o teste possui, violando o princípio da acessibilidade ao adotar o exato perfil psicológico em que o candidato deve se enquadrar.

É entendimento pacificado da jurisprudência atual, que conforme o que ocorre com teste de aptidão física, é necessário a previsão legal do requisito de teste psicotécnico para o cargo disputado, devendo ainda que este apresente caráter objetivo.

Nesse entendimento tem-se a súmula nº. 686 do STF que determina que apenas a lei poderá determinar exame psicotécnico para a habilitação de candidato a cargo público.

4.4 Limite de idade

No que tange o limite máximo de idade para nomeação em concurso público, em análise ao já mencionado art. 39 §3º da CRFB/88, entende-se que esta limitação será admissível, desde que a natureza do cargo se mostre inapropriada para o exercício do cargo a partir de certa idade, como nos casos em que é necessário uma grande vitalidade física para o exercício do cargo pretendido.

Pacificando este entendimento o STF editou a súmula número 683, que possui a seguinte redação: “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

No que tange especificamente aos militares, a jurisprudência entende que a possibilidade de limitação de idade por meio da lei de criação dos cargos, esta prevista nas regras do art. 142, §3º, X da CRFB/88, conforme se observa:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. [...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições.

[...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

[...]

Nesse sentido, ainda tem-se o julgado do TJ-BA, que entende não ser discriminatório o limite de idade para o ingresso na carreira policial, sendo entendido que é uma verdadeira exigência do artigo acima citado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR. LIMITE MÁXIMO DE IDADE FIXADO PELO EDITAL. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE LÓGICA E JUSTIFICATIVA RACIONAL, ATENDENDO À NATUREZA DAS FUNÇÕES A SEREM EXERCIDAS QUE ENVOLVE RISCO DE VIDA E EXIGE VITALIDADE FÍSICA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA 683 DO STF. INSCRIÇÃO DO CANDIDATO. IDADE INFERIOR AO LIMITE ETÁRIO. MOROSIDADE NA REALIZAÇÃO DO CONCURSO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A INSCRIÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Não ofende a Constituição o Edital que estabelece limitação de idade para ingresso na atividade Policial Militar. 2. O limite de idade previsto em edital para ingresso na carreira de Policial Militar não é discriminatório ou contrário a normas constitucionais, posto que a própria Carta Magna prevê tal exigência, ex vi do art 42, parágrafo primeiro, c/c com o art. 142, parágrafo terceiro, inciso X. 3. No caso dos autos, o impetrante, no momento da matrícula, não tinha 30 (trinta) anos completos, tendo ultrapassado o limite etário após o momento da matrícula, por causa da morosidade na realização do concurso. 4. Muito embora o autor tivesse direito à matrícula no Curso de Formação para provimento no cargo de Soldado da Polícia Militar em razão da sua idade, verifica-se que esse não detém o mencionado direito, haja vista que esse obteve aprovação no milésimo octingentésimo vigésimo oitavo lugar (1828º), enquanto foram oferecidas 1.200 (mil e duzentas) vagas. 5. Por outro lado, também configura direito subjetivo à nomeação quando o candidato aprovado, ainda que fora do número de vagas descrito no edital, comprova a existência de contratações emergenciais para o cargo em que obteve aprovação, em face da necessidade da função, incorrendo, por conseguinte, em preterição do candidato. 6. Todavia, no caso em questão, o autor não se desincumbiu do ônus probatório que lhe era próprio, nos termos do artigo

333, inciso I, do CPC, não tendo demonstrado a existência de preterição. 7. Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, voto no sentido de DENEGAR a segurança pleiteada. Sem condenação em honorários advocatícios, conforme dispõe as súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.

(TJ-BA - MS: 00149407220118050000 BA 0014940-72.2011.8.05.0000, Data de Julgamento: 25/10/2012, Seção Cível de Direito Público, Data de Publicação: 17/11/2012).

4.5 Limitação pela altura do candidato

Conforme o que já foi visto em relação à limitação por idade, o limite de altura será admissível desde que essa imposição possua correspondência com a natureza do cargo pretendido e possua previsão legal.

Não se justifica que um candidato seja eliminado em razão de sua estatura, em um concurso que visa preencher vagas de caráter meramente administrativo. Nesse caso a altura do candidato não interfere em seu desempenho profissional, sendo tal limitação inconstitucional diretamente o princípio da razoabilidade.

No entanto, mesmo nos casos em que tal limitação se justifique devido a natureza da função a ser exercida, é necessário que esta exigência decorra de imposição legal por meio da lei que criou o cargo, não cabendo ao edital limitações que não se foram feitas pela legislação sob pena de ferir o princípio da legalidade.

4.6 Distinção de candidatos por sexo

Diante ao texto constitucional que institui que homens e mulheres são iguais perante a lei, a limitação de acesso ao concurso público a um sexo específico, tem gerado contestações no poder judiciário, quanta a uma possível violação do princípio da isonomia.

Seguindo o embasamento utilizado nos tópicos anteriores, a legalidade desta distinção estará sujeita a constatação de que a natureza do cargo pretendido de fato se mostra mais adequada para um determinado sexo, sendo a simples limitação sem motivação e independente de qualquer critério, afasta a admissibilidade constitucional dessa restrição.

Nesse sentido tem-se o seguinte recente julgado do TJ-AM:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. MATÉRIA RELEVANTE. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO. QUANTITATIVO DE VAGAS PARA O SEXO FEMININO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EXPRESSA. CLÁUSULA ILEGAL E INCONSTITUCIONAL. PRETERIÇÃO DA CANDIDATA. I - A matéria da legalidade da Cláusula 6.2 do Edital 01/2011/PMAM, que destinava apenas 10% das vagas do concurso para mulheres, não foi abordada no acórdão embargado e é extremamente relevante para o julgamento da causa. É imprescindível a sua análise, sob pena de nulidade do acórdão, conforme jurisprudência do c. STJ. II ? Para a criação de limitações para o ingresso na carreira policial militar faz-se necessário lei em sentido estrito. Entendimento pacífico do STJ e do STF. III - Além disso, a restrição deve possuir justificativa expressa e relevante, pois "a simples restrição, sem motivação e independentemente de qualquer critério, para afastar a participação de mulheres dos quadros da polícia militar, retira a sua admissibilidade constitucional, em face do princípio da igualdade" (STF - RE 528684). IV ? Na Lei Estadual 3.498/2010, que dispõe sobre o ingresso na Polícia Militar do Amazonas, não há qualquer norma que determine limitações de quantitativo para a entrada de mulheres na carreira. V - O Edital do concurso não consigna expressamente qualquer razão para a restrição da quantidade de vagas ofertadas para candidatos do sexo feminino. VI - Assim, a norma é ilegal e inconstitucional, eis que contém previsão não constante na lei e viola os princípios da legalidade e da isonomia. VII - A aplicação da cláusula pela Administração ocasionou a preterição da embargante, que, obtendo 44 pontos em sua nota final, viu candidatos com pontuação inferior a sua ingressarem na carreira pelo exclusivo fato de serem do sexo masculino. VIII ? Embargos de declaração conhecidos e providos. Efeito modificativo concedido, para o fim de negar provimento à apelação interposta pelo ESTADO DO AMAZONAS.

(TJ-AM - ED: 00039986620158040000 AM 0003998-66.2015.8.04.0000, Relator: Ari Jorge Moutinho da Costa, Data de Julgamento: 31/08/2015, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 01/09/2015).

4.7 Investigação social do candidato

A investigação da conduta social do candidato é considerada licita pelos tribunais, no intuito de verificar se o candidato faz jus à confiança da Administração Pública, para integrar os quadros da administração com moralidade.

Não sendo no entanto admitido que a investigação se dê de forma subjetiva, de modo que em atenção ao princípio da presunção de inocência instituído pelo art. 5º, LVII da CRFB/88, conforme o qual, apenas após transitado em julgado de sentença penal condenatória, é que o candidato poderá ser considerado culpado. Momento este em que poderá ser eliminado do certame.

Todavia, nos casos de arquivamento do processo, não cabe a eliminação do candidato, conforme entendimento jurisprudencial:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO CONCURSO PÚBLICO INVESTIGAÇÃO SOCIAL INAPTIDÃO ANTECEDENTES CRIMINAIS CONDUTA SOCIAL. Candidato considerado inapto em concurso público para Soldado PM 2ª Classe. Denúncia por crime de descaminho. Suspensão condicional do processo cumprida. Punibilidade extinta. Ausência de sentença penal condenatória transitada em julgado. Relações cordiais com antigos colegas de trabalho usuários de drogas. Ausência de prova de envolvimento com entorpecentes. Eliminação na fase de investigação social. Inadmissibilidade. Sentença reformada. Recurso provido.

(TJ-SP - APL: 00009989120098260053 SP 0000998-91.2009.8.26.0053, Relator: Décio Notarangeli, Data de Julgamento: 07/08/2013, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/08/2013).

Ainda no que tange impossibilidade de eliminação do candidato por meio de critérios subjetivos, deve aplicar-se a súmula 684 editada pelo STF nos seguintes termos: “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato ao concurso público.”

4.8 Limitação a candidatos portadores de tatuagem em concurso público

Após realizada a abordagem dos princípios constitucionais aplicáveis ao concurso público e visto como as demais limitações existentes nos editais são visualizadas pelo poder judiciário, passa-se a uma análise fundamentada do tema proposto neste trabalho.

Não é incomum que editais de concurso público, principalmente no âmbito militar apresentem a tatuagem como aspecto discriminador e eliminatório.

Conforme visto nos tópicos anteriores, as limitações impostas pelos editais devem guardar correspondência com a natureza da função a ser cumprida, visando eliminar candidatos que não se encontrem aptos para exercer a cargo disputado, as limitações ainda necessitam de previsão legal, não sendo admitido que o edital inove naquilo a legislação não entendeu necessário limitar.

O uso de tatuagem pelo candidato não guarda qualquer correspondência com suas capacidades físicas e intelectuais, não sendo modo coerente de atestar a incapacidade do candidato de exercer determinado cargo no quadro do funcionalismo público.

No intuito de dissimular o ato discriminatório de eliminação de candidato pelo fato do mesmo possuir tatuagem, alguns editais classificam a tatuagem como sendo doença de pele, eliminando o candidato no momento do exame médico.

Contudo, conforme se observa nos julgados a seguir, não é apresentada justificativa para que a tatuagem receba esta classificação, sendo nesse caso, a constatação no exame médico de que a tatuagem é uma doença de pele, uma afronta ao princípio da razoabilidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DO CERTAME. TATUAGEM NA PERNA. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DA ATIVIDADE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. A Resolução n.º 3.692/2002 extrapolou os limites da Lei Estadual n.º 5.301/69 ao incluir a mera existência de tatuagem em qualquer parte do corpo como doença que incapacita fisicamente o candidato para o exercício do cargo de Policial Militar. Recurso conhecido mas não provido.

(TJ-MG , Relator: Albergaria Costa, Data de Julgamento: 15/05/2014, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL).

Nesse mesmo entendimento é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO POR POSSUIR TATUAGEM. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO INCAPACITANTE PARA O SERVIÇO CASTRENSE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. REMESSA DESPROVIDA.

(TJ-SC , Relator: Cesar Abreu, Data de Julgamento: 20/08/2012, Terceira Câmara de Direito Público Julgado)

Deste modo, conforme se retira das lições do professor Andre Del Negri, a limitação ao candidato que possui tatuagem, trata-se de um preconceito automático, desprovido de razoabilidade.

No entendimento do referido professor, questões pertinentes ao preconceito automático, devem ser analisadas em conjunto com a Constituição Federal. Nessa análise deve ser levada em consideração dois principais pontos apontados pelo ilustre doutrinador:

Primeiro: essa “tendência” de proibir a liberdade artística por meio da tatuagem nada tem a ver com democracia. Um Estado Constitucional e Democrático não pode crer que sua implementação esteja ligada ao cerceamento da *liberdade*. Segundo: na verdade, o Estado Constitucional e Democrático é aquele indiferente à diferença cultural das pessoas que compõem uma sociedade descentrada, Essa indiferença implica distancia do ordenamento jurídico estatal (e seus derivados normativos) em relação aos comportamentos culturais dos cidadãos. (DEL NEGRI, 2011, p. 210).

Em suma, o tema exposto em tela envolve questões antropológicas, sociológicas, psicológicas, jurídicas, psicanalíticas entre outras áreas profissionais.

Em todos os lugares, em qualquer hora do dia, houve-se falar de boa imagem. Mas a final de conta, o que seria uma boa imagem? E mais, como se pode classificar o que é uma boa imagem em meio à sociedade, quando a todo momento o indivíduo encontra-se sob os olhares da coletividade formada por diversos indivíduos que a compõem com diferentes e subjetivos conceitos de boa imagem?

Para que se comece a achar respostas dessa indagação, do que seria uma boa imagem será necessário fazer uma análise mais profunda da questão em tela, pois de nada servira as definições jurídicas dogmáticas para uma sociedade multicultural como é o caso da sociedade brasileira pós constituição federal de 1988.

A questão é que a vida pessoal do indivíduo, cada vez mais esta sendo dominada pelo preconceito, não é difícil associar-se a imagem da pessoa usuária de tatuagem como marginal, mau caráter, ou seja, tudo aquilo de ruim que uma pessoa pode ser em meio uma sociedade política.

Desse modo, pode-se explorar mais um pouco essa questão com mais uma pergunta polêmica pertinente ao tema, o que seria a tatuagem que vai conta a “moral” e os “bons costumes”?

Considerando essa outra indagação acima arranjada e levando em consideração que o estado brasileiro acolheu diversas culturas em todos esses anos, fica difícil estabelecer um modelo padrão de moral e bons costumes em meio à coletividade.

Ainda tentando dar fim a essa indagação e começar a respondê-la, pode-se pensar, se o problema se encontra no desenho da tatuagem ou a mensagem que a figura quer passar.

Em ambos os casos, dizer que a tatuagem atenta contra a “moral” e os “bons costumes” é muito subjetivo, visto que, devido a esse arsenal de culturas instalado sobre o ninho da nação, cada pessoa pensa diferente uma da outra, e como se fosse o que é certo para um pode ser errado para outro.

Eliminar um candidato do certame pelo fato deste possuir uma tatuagem viola diretamente os princípios da legalidade, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, visto que a tatuagem não é classificada pela organização mundial de saúde como doença de pele, e não torna o candidato incapaz de exercer as atribuições de qualquer cargo.

5 O RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL QUANTO A LIMITAÇÃO DE CANDIDADOS PORTADORES DE TATUAGEM

A Emenda Constitucional nº 45/04 incluiu o reconhecimento da repercussão geral, como um pressuposto de admissibilidade dos Recursos Extraordinários. Essa exigência foi regulamentada por meio de alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Diversos foram os Recursos Extraordinários já interpostos visando discutir a inconstitucionalidade da limitação da tatuagem em concurso público, que não tiveram sua repercussão geral reconhecida.

Quadro este que sofreu recente alteração, com o reconhecimento da repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário 898450, interposto por um candidato ao cargo de soldado da Polícia Militar de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do referido estado (TJ-SP) que reformou decisão de primeira instância e manteve a desclassificação do candidato no certame, sob a alegação de que o edital é a lei do concurso, e apresentava essa limitação de forma objetiva, dando provimento ao recurso interposto pelo Estado:

MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso para preenchimento de vaga de soldado da polícia militar - Restrições a tatuagens ? Previsão existente no edital - Na hipótese, a tatuagem do impetrante se enquadra na restrição existente no edital - Recurso provido.

(TJ-SP , Relator: Angelo Malanga, Data de Julgamento: 18/10/2011, 3ª Câmara de Direito Público).

O reconhecimento da referida repercussão geral, é de extrema importância na busca pela pacificação deste tema, por meio da decisão que virá a ser proferida pela suprema corte.

Conforme analisado anteriormente, as limitações a tatuagem em concurso público são embasadas por puro cunho preconceituoso, sendo alegado por alguns no intuito de justificar tal preconceito que a tatuagem esta relacionada historicamente a marginalidade.

Deste modo, necessária se faz uma breve análise da história da tatuagem, por meio da qual é possível visualizar que este conceito se encontra equivocado.

CONCLUSÃO

Após as análises realizadas no decorrer deste trabalho, visualiza-se que o concurso público é em regra o requisito para a investidura nos quadros da Administração Pública, o qual se dá por meio de um procedimento administrativo, que como tal, deve obediência aos princípios constitucionais impostos a Administração Pública em geral.

Dessa forma, a mesma obediência está vinculada ao edital que apresenta os requisitos para realização do certame. Ainda é inerente ao concurso público princípios próprios decorrentes de sua peculiaridade no Estado Democrático de Direito.

Conforme visto, o edital é tido como a lei do concurso público, o que não afasta a necessidade de que suas determinações possuam amparo legal, respeitando assim o princípio da legalidade.

As limitações apresentadas nos editais necessitam guardar relação de razoabilidade com o cargo disputado, bem como estarem prevista na legislação que instituiu a criação do referido cargo.

No que tange a limitação ao candidato que possui tatuagem, se verifica que esta limitação não se mostra razoável, visto que o fato do candidato possuir tatuagem não lhe torna inapto a exercer funções junto a Administração Pública.

Essa limitação atinge diversos princípios constitucionais, como os princípios da legalidade, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, visto que a tatuagem se quer é classificada pela organização mundial de saúde como doença de pele. Não havendo justificativa para que o candidato seja eliminado sob esta alegação.

É preciso se atentar ao fato de que, embora o princípio da vinculação ao edital traga a máxima, de que o edital é a lei do concurso público, este não é de fato uma lei, não podendo inovar naquilo que a legislação não limitou.

Em geral, esses editais são assim publicados por motivos de preconceito automático, existente na sociedade (DEL NEGRI, 2011, p. 210).

Muitas pessoas tem em suas mentes, uma imagem deturpada de que a tatuagem está vinculada historicamente a marginalidade, sem visualizar que a tatuagem é na verdade um simples instrumento de expressão corporal, e que já foi utilizada até mesmo pela nobreza, estampando orgulhos e conquistas desde a época do homem pré histórico.

Não se pode permitir que posicionamentos preconceituosos interfiram no direito de um cidadão de exercer uma função pública, quanto este se mostra apto a ela.

A repercussão geral deste tema reconhecida recentemente pelo STF, traz a possibilidade de que o tema seja pacificado, o que se espera que tenha reflexos na forma como os próximos certames serão publicados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 668**. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 15 de outubro de 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 683**. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 15 de outubro de 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 684**. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato à concurso público. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_600_700>. Acesso em: 20 de outubro de 2015

COUY. Venus Brasileira. **NO PRINCÍPIO, ERA A TATUAGEM**, disponível em: <[http://www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/revistas/travessias/ed_009/artecomunicacao/no%20principio%20era%20PRONTO\[1\].pdf](http://www.unioeste.br/prppg/mestrados/letras/revistas/travessias/ed_009/artecomunicacao/no%20principio%20era%20PRONTO[1].pdf)>, acesso em 20 de agosto de 2015.

DEL NEGRI. **Sobre Liberdade e Questões Pertinentes ao Preconceito Automático nas Sociedades Descentralizadas**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan/jun.2011. p. 209. disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-209-artigo_Andre_Del_Negri_\(Sobre_Liberdade_e_Questoes_Pertinentes_ao_Preconceito_Automatico_nas_Sociedades_Descentralizadas\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-209-artigo_Andre_Del_Negri_(Sobre_Liberdade_e_Questoes_Pertinentes_ao_Preconceito_Automatico_nas_Sociedades_Descentralizadas).pdf)> acesso em: 02 de outubro de 2015.

FERREIRA, Ricardo. **Você sabe a diferença entre instituição organizadora e banca examinadora de concurso?**. Disponível em: <https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/RicardoFerreira/ricardoferreira_toq60.pdf> acesso em 10 de outubro de 2015.

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

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

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

MARQUES, toni. O Brasil tatuado e outros mundos. Rio de Janeiro: ROCCO.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Ed. Malheiros São Paulo:1999.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA, Luciana Freitas. **A importância da teoria do órgão dentro da sistemática administrativa**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35503&seo=1>>. Acesso em: 12 nov. 2015.