

Da exigibilidade de limites de idade e da eleição de critérios de desempate fundados em idade em concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento de cargo ou emprego público

JOSÉ LEONE CORDEIRO LETTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Situação anterior a 1988. 3. Situação posterior à promulgação da Constituição de 1988. 3.1. Dos limites de idade. 3.2. Dos outros requisitos. 3.3. Da condição de funcionário público. 3.4. Das empresas públicas e das sociedades de economia mista. 3.5. Da auto-aplicabilidade do § 2º do art. 39, no tópico. 3.6. Da seleção "versus" admissão. 3.7. Da aposentadoria setuagenária compulsória. 4. Conclusão.

1. Introdução

Com o advento da Carta de 1988, argui-se se ainda persiste a constitucionalidade, mais ainda, se outrora era constitucional a exigência de limites de idade como condição para inscrição em concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento de cargo público, bem como a eleição de critérios de desempate por conta de idade nos referidos concursos.

2. Situação anterior a 1988

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não assegurava aos pretendentes a cargo público, quando submetidos a concurso público para o seu preenchimento, proteção contra critério de admissão por motivo de idade.

Disponha o referido diploma: “os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (art. 97, *caput*). Concomitante a isso, segundo o princípio da isonomia, a Constituição em seu art. 153, § 1.º, assegurava a todos igualdade “perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Assim, a lei ordinária, no que tange aos requisitos para a acessibilidade a cargo público, não poderia fazer qualquer exigência relacionada a sexo, raça, trabalho, credo religioso ou convicções políticas, eis que tais variáveis haviam sido eleitas como baluartes do princípio da isonomia, sendo, com isso, defeso quaisquer comportamentos, ainda que da própria lei, e mormente dela, alicerçados nesses motivos.

Por outro lado, como bem se pode ver, a variável “idade” não fora incluída pela dita Carta entre aquelas apontadas no art. 153, § 1.º Assim, quaisquer exigências feitas em lei relacionadas a idade, postas como parâmetros para o provimento de cargo público, fixando limites mínimos ou máximos de idade, ou ambos, bem como aquelas feitas em concursos públicos de provas ou de provas e títulos para preenchimento dos ditos cargos, referentes aos mesmos limites de idade ou a critérios de desempate fundados em idade, levados a cabo na vigência da Carta de 1967 — no caso dos concursos, desde que com respaldo legal, pois a ninguém era lícito exigir algo de outrem sem que lei previamente assim o dispusesse, consoante o § 2.º do art. 153 da mesma Carta, princípio da reserva legal, também assegurado pela nova Lei — não iam de encontro ao que dispunha a Constituição. Com isso, já que tais exigências relativas a idade não maculavam a Constituição, as mesmas podiam ser tidas como constitucionais.

Situação distinta se nos apresenta a partir de outubro de 1988, com a entrada em vigência da nova Constituição.

3. Situação posterior à promulgação da Constituição de 1988

A Carta de 1988, em seu art. 7.º, XXX, dispõe, *verbo ad verbum*: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil.

3.1. Dos limites de idade

Da inteligência da transcrita máxima depreende-se, dentre outras coisas, que é vedado peremptoriamente ao empregador eleger a idade como critério para recrutar pessoal, objetivando, *a posteriori*, a contratação. Vale notar que quaisquer exigências no tocante a idade ferem a norma constitucional. Não importa a natureza intrínseca da exigência. Tanto seria inconstitucional, *verbi gratia*, aquela que determinasse limites entre maiores de

1 (um) ano e menores de 160 (cento e sessenta) anos de idade, quanto aquela que fixasse a exigência entre menores de 1 (um) e maiores de 160 (cento e sessenta) anos de idade. Ambas as situações feririam o disposto constitucionalmente.

Poder-se-ia contra-argumentar que seria impossível a alguém, no caso da segunda hipótese, evocar eficiente e eficazmente em juízo a tutela constitucional, eis que o pleiteante iria ver o seu processo extinto com sentença terminativa e ter seu apelo prejudicado, pela carência de ação, com fulcro na inexistência de interesse (art. 3.º c/c 267, VI, da Lei Processual Civil), no pressuposto de que, excluído propositadamente o caso do limite mínimo, é humanamente impossível se viver além de século e meio. A presente assertiva, contudo, nada mais faz senão evidenciar a autonomia do direito processual em relação ao direito material. D'outra forma colocado, não obstante esteja o pleiteante desguarnecido pelas normas de processo, nem por isso deixa de subsistir o seu direito de ver a norma constitucional obedecida. Mais ainda; tal contra-argumento jamais poderia ser levantado no caso de o pleito ser encaminhado por iniciativa do representante do Ministério Público, v.g., numa ação direta de inconstitucionalidade, como agente responsável pela defesa da ordem jurídica, e como encarregado de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição (arts. 127, *caput*, e 128, I, da Constituição), sendo, *in casu*, incabível argumentar-se ser o mesmo carecedor de ação por não ter interesse no feito.

3.2. *Dos outros requisitos*

Convém observar que a proibição de se adotar critérios de admissão por motivo de idade não prejudica a exigibilidade de outros requisitos validamente previstos em lei, tais como aqueles referentes à escolaridade, títulos e outros, bem assim a realização de testes e provas específicas, tais como as de aptidão e resistência físicas, psicotécnicas, etc.

3.3. *Da condição de funcionário público*

Segundo óbice seria aquele fundamentado no argumento mediante o qual o disposto no art. 7.º, e incisos, não se aplica aos servidores públicos, contratados pelo poder público, eis que a relação contratual entre essas partes não é de natureza trabalhista, na especificidade do termo.

Argumento procedente, em parte.

É bem verdade e ponto pacífico que o disposto no mencionado dispositivo não se destina aos servidores públicos, tampouco à relação contratual entre os mesmos e o poder público. Entrementes, o art. 39, § 2.º, *in fine* da Carta Política, parte especialmente destinada aos servidores públicos,

determina ser aplicável o disposto no art. 7.º, XXX, aos servidores da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim das autarquias e das fundações públicas no âmbito de suas respectivas competências, exclusive, note-se, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Com isso, as administrações diretas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, além da autárquica e da fundacional vinculadas às respectivas esferas de governo, estão sujeitas à observância do disposto no art. 7.º, XXX, da Constituição, e impedidas, com isso, de fazerem quaisquer imposições relacionadas a limites de idade para preenchimento de cargo ou emprego público ou por ocasião de inscrição em concurso para provimento desses cargos.

3.4. *Das empresas públicas e das sociedades de economia mista*

Em vista das empresas públicas e das sociedades de economia mista não terem sido incluídas entre aqueles entes apontados no art. 39, já que ambas fazem parte da denominada administração indireta, hipótese específica poderia ser levantada no sentido de se afirmar que tais entidades não estariam proibidas de eleger restrições referentes a limites de idade para o preenchimento de seus empregos, bem como de elegê-los na oportunidade de realização de concursos públicos para o seu provimento.

Quanto a tal colocação, não há dúvida de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não são abrangidas pelo citado art. 39. Mesmo porque, o vínculo contratual entre essas entidades e seus contratados é eminentemente de caráter trabalhista. Em socorro e ratificação de tal afirmação vem o art. 173, § 1.º, da Constituição, *ipsis litteris*: "A empresa pública e a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias". De tal norma é forçoso concluir que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não estão sujeitas às disposições do art. 39; estão, isso sim, sob o império direto do próprio art. 7.º e incisos, dentre eles o XXX, tendo em vista a natureza da relação contratual, de caráter trabalhista.

3.5. *Da auto-aplicabilidade do § 2.º do art. 39, no tópico*

A afirmação de que a aplicabilidade do disposto no art. 39, § 2.º, está sujeita à instituição do regime jurídico único é insubsistente.

O regime jurídico de que fala a Constituição, objetiva a confecção de planos de carreiras baseados numa classificação de cargos que leve em conta a semelhança e complexidade das tarefas. A *mens legis* do regime jurídico único é dar por findo a diversidade de situações jurídicas em que se encontra os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seja da administração direta, seja das autarquias

ou das fundações públicas a eles vinculadas. A norma parte do pressuposto de que não há por que haver distinção de regimes jurídicos entre servidores que desempenham a mesma função, qual seja, a função pública.

Pelo exposto, está evidente que o mandamento constitucional referente ao regime jurídico único é um imperativo instrumental, enquanto que o mandamento referente ao direito de não sofrer a ação de critérios de admissão por motivo de idade, é um imperativo material. Além do que, os servidores públicos, ou aqueles que almejam tal condição através de concurso público de provas ou de provas e títulos, não poderão ter seus direitos tolhidos pela inércia da administração, que se omite ou se nega a instituir tal regime. Como se isso não bastasse, a própria Carta, no § 1.º do seu art. 5.º, normatiza expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais” — inserta na qual está todo o capítulo ‘Dos Direitos Sociais’, do qual faz parte o art. 7.º e incisos — “têm aplicação imediata”. Assim é que, não há que se falar em dependência entre a implantação do regime jurídico único para os servidores públicos e a aplicabilidade do disposto no § 2.º do art. 39.

3.6. *Da seleção versus admissão*

Coisa outra poderia ser aventada no sentido de se afirmar que o disposto no art. 7.º, XXX, no tocante ao critério de admissão por motivo de idade, por força do disposto no art. 39, § 2.º, não pode se referir às exigências feitas quando da realização de concursos públicos para provimento de cargos públicos, em vista dos mesmos se constituírem instrumentos de seleção e não meios de admissão.

Argumento ponderoso, todavia, vulnerável.

A questão em foco deve ser tratada na sua exata dimensão.

Não há dúvida de que o concurso público, recurso de que a administração se utiliza, facultado pela lei, para recrutar pessoal objetivando a contratação, é efetivamente um instrumento de seleção. Mas o objetivo desse processo seletivo é a admissão. O dispositivo constitucional requer, no caso, exegese teleológica, e não gramatical, ao contrário do que normalmente ocorre com a quase totalidade dos dispositivos de tal natureza. A finalidade da norma constitucional estaria sendo burlada se se inadmitisse a eleição de critérios de admissão que levassem em conta o fator idade apenas quando da efetiva contratação, permitindo-se, por outro lado, a eleição de tais critérios por ocasião do respectivo concurso. Seria inócua a proteção deferida pela norma constitucional aos pretendentes a cargo público quando submetidos a concurso público para o seu provimento. Eis o verdadeiro alcance da norma.

3.7. Da aposentadoria setuagenária compulsória

A questão da aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais, de que trata o art. 40, II, da Constituição, ante o tema aqui abordado, reveste-se de especial relevância.

Se por um lado a Constituição proíbe critérios de admissão por motivo de idade quando da contratação de funcionários ou de empregados públicos, o mesmo diploma determina que aqueles que atingirem os setenta anos de idade deverão ser aposentados compulsoriamente. Os dois imperativos não são juridicamente conflitantes, embora excludentes. No caso, seria de se questionar como compatibilizar os dois imperativos constitucionais.

O limite de idade, máximo e único, que, a despeito do art. 39, § 2.º, c/c art. 7.º, XXX, poderia, e deve, ser exigido como condição para ingresso no serviço público, seria o de setenta anos, em virtude da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II. O fundamento de tal exigibilidade não é outro senão a hermenêutica sistêmica dos três dispositivos constitucionais. Não seria de bom alvitre lógico, tampouco jurídico, permitir-se que pretendentes a cargo público, com idade igual ou superior àquela estabelecida para a aposentadoria compulsória, pudessem, sob a evocação da combinação dos dois primeiros artigos há pouco mencionados, ingressar no serviço público para, logo em seguida, serem aposentados compulsoriamente sob a imposição do art. 40, II.

Por sua vez, o pretendente a cargo ou emprego público que contar idade inferior ao limite estabelecido para a dita aposentadoria, se selecionado, terá posse e exercício assegurados, aposentando-se compulsoriamente ao atingir aquele limite de idade, podendo lançar mão, para cálculo do benefício da inatividade, da "contagem recíproca do tempo de contribuição" prevista no § 2.º do art. 202 da Carta Política. Outro e qualquer limite de idade exigido como pré-condição para ingresso no serviço público é, reitera-se, *contra legem*.

4. Conclusão

É inconstitucional a exigência de limites de idade como pré-requisito para ocupação de cargo público da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como também das autarquias e das fundações públicas vinculadas a essas esferas de governo e, por conseguinte, a mesma exigência feita em inscrição para concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento desses cargos, por força do art. 39, § 2.º, c/c art. 7.º, XXX, da Constituição Federal, assim como para empregos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, neste caso por imposição tão-somente ao art. 7.º, XXX, e, em ambos os casos, a eleição de critérios de desempate fundados em idade nos referidos concursos. O único limite exigível é o de setenta anos, por imposição lógica do art. 40, II, que trata da aposentadoria compulsória.