



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
SECRETARIA DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA – SEAD
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO DA ORGANIZAÇÃO PÚBLICA

FELIPE MAGNO SILVA FONSÊCA

CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS

CAMPINA GRANDE/PB

2012

FELIPE MAGNO SILVA FONSÊCA

CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Gestão da
Organização Pública como requisito
para obtenção do grau de
especialista.

Orientador: Esp. e Doutorando Eduardo Sérgio Sousa Medeiros

CAMPINA GRANDE/PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

F676c

Fonsêca, Felipe Magno Silva.

Controle jurisdicional dos concursos públicos [manuscrito]. /Felipe Magno Silva Fonsêca. – Campina Grande: UEPB/EAD, 2012.

106 f.

Monografia (Especialização em Gestão da Organização Pública) – Universidade Estadual da Paraíba, Coordenação Institucional de Projetos Especiais – CIPE, 2012.

“Orientação: Prof. Esp. Eduardo Sérgio Sousa Medeiros, UFCG”.

1. Atos administrativos. 2. Concurso público. 3. Controle Jurisdicional. I. Título.

21. ed. CDD 342

Felipe Magno Silva Fonseca

CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS

Aprovada em: 21/05/2012

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Eduardo Sérgio Sousa Medeiros
Orientador



Prof. José Iivaldo Alves Oliveira Silva
Membro



Prof. José Marciano Monteiro
Membro

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Fátima, aos meus irmãos, Magno e Fabryna, e à minha namorada, Lídia, por formarem o alicerce sobre o qual concretizo mais um sonho: a obtenção do título de especialista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as dádivas a mim oferecidas.

Aos meus amigos, a quem admiro e desejo um futuro próspero.

Ao meu orientador, Eduardo Medeiros, e aos demais mestres, pelo valor inestimável do conhecimento que me foi transferido.

Muito Obrigado!

RESUMO

O Concurso Público, diante da atual conjuntura democrática adotada pelo Estado brasileiro, é requisito indispensável à seleção de novos servidores, de maneira que, em face da sua inegável relevância, deve ser conduzido com obediência aos ditames principiológicos e legais fixados pelo ordenamento jurídico vigente. O trabalho aqui desenvolvido se inicia com um estudo apurado acerca do instituto do concurso público e possui como temática central a análise dos limites do controle jurisdicional sobre os atos administrativos praticados no âmbito dos certames seletivos, partindo da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, por força do que assegura o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O presente trabalho foi desenvolvido através de Pesquisa Bibliográfica e se baseia fundamentalmente na análise de obras doutrinárias, criações legislativas e posicionamentos jurisprudenciais adotados pelos Tribunais pátrios sobre a possibilidade de controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração durante os Concursos Públicos.

Palavras-chave: Atos administrativos, Concurso Público, Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

The public tender, before the current democratic conjuncture adopted by the Brazilian state, is requisite for the selection of new servers, so, in view of its undeniable importance, should be conducted with obedience to the legal and principles dictated fixed by legal system in force. The analysis presented here begins with a study found about the institute of public tender and has as main theme the analysis of the limits of jurisdictional control on the administrative acts performed in the context of selective competitions, based on the premise that any injury or threat to rights may be subtracted from the appreciation of the judicial power, pursuant to ensuring the art. 5, XXXV of the Federal Constitution. This work was developed through Bibliographic Search and is based in the analysis of doctrinal works, creations legislative and jurisprudential positions adopted by national Courts about the possibility of jurisdictional control of actions taken by the Administration during the Public Tenders.

Keywords: Administrative Acts, Public Tender, Jurisdictional Control.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. REGIME JURÍDICO DO CONCURSO PÚBLICO.....	11
2.1. NATUREZA JURÍDICA.....	11
2.2 CONCEITO.....	13
2.3 FONTES.....	13
2.3.1 Base Legal.....	14
2.3.2 Base Princiológica.....	16
2.3.2.1 Princípios Justificadores.....	17
2.3.2.2 Princípios Regentes.....	19
2.3.2.3 Princípio da Vinculação ao Edital.....	23
2.3.2.4 Princípio da isonomia e as Ações Afirmativas.....	24
2.4 ASPECTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO.....	25
2.4.1 Evolução dos sistemas de seleção de funcionários públicos.....	26
2.4.2 Constituições brasileiras.....	29
2.5 DAS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DOS CONCURSOS PÚBLICOS.....	32
2.6 DAS ETAPAS PROCEDIMENTAIS DOS CONCURSOS PÚBLICOS.....	37
2.6.1 Etapa interna.....	37
2.6.2 Etapa externa.....	42
2.6.2.1 Edital.....	42
2.6.2.2 Inscrições.....	45
2.6.2.3 Realização das provas.....	50
2.6.2.4 Homologação dos Concursos Públicos.....	52
2.7 DO CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS CONCURSOS PÚBLICOS.....	53
2.7.1 Da garantia ao Recurso Administrativo.....	56
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	57
3.1 DISPOSIÇÕES GERAIS.....	57
3.2 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO COMO FATORES INFLUENTES NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	60
3.3 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	64
3.3.1 Exame do motivo.....	66

3.3.2 Exame da finalidade	67
3.4 A EXTINÇÃO DOS ATOS ATRAVÉS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO E JURISDICIONAL	68
3.4.1 Anulação	69
3.4.2 Revogação	72
4. DO CONTROLE JURISDICIONAL DO CONCURSO PÚBLICO	74
4.1 DISPOSIÇÕES INICIAIS	74
4.2 DAS PROVAS OBJETIVAS	75
4.2.1 Considerações sobre a discricionariedade técnica das Bancas Examinadoras	76
4.2.2 Controle jurisdicional	78
4.3 DAS PROVAS DISCURSIVAS	84
4.3.1 Controle Jurisdicional	85
4.4 PROVAS ORAIS	88
4.5 DA EXIGÊNCIA DE REQUISITOS NO ATO DA INSCRIÇÃO	92
4.6 MECANISMOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS	94
4.6.1 Do Mandado de Segurança	95
4.6.2 Da Ação Popular	99
4.6.3 Da Ação Civil Pública	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	107

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 condiciona o acesso a cargos e empregos públicos à prévia habilitação em concurso público, surgindo este como ferramenta hábil à eliminação do caráter meramente subjetivo na distribuição dos postos administrativos, que em um passado não muito distante, esteve sujeita pura e simplesmente ao arbítrio dos administradores.

Estando a República Federativa do Brasil alicerçada em um regime democrático de direito, marcado pela transferência da titularidade do poder aos cidadãos e propenso ao desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, o instituto do Concurso Público afigura-se como instrumento primordial na formação das bases sólidas da Administração responsável pela manutenção deste regime.

Para a consolidação dos objetivos estabelecidos na nossa Carta Magna é imperativa a participação da sociedade como agente direto, no exercício e controle das funções estatais. Esta atividade, por sua importância ínsita, deve ser desempenhada por agentes capacitados, não havendo outro caminho para aferir essa aptidão que não seja a via da ampla concorrência.

A prática inescrupulosa do apadrinhamento, que findou na distribuição injusta de postos na administração estatal, acabou por deflagrar uma visão desestimuladora das Instituições Públicas. No entanto, a referida prática abre espaço a um método mais seletivo e reto que é o da aplicação de avaliações destinadas à averiguação da capacidade dos agentes administrativos.

É em atenção a esta necessidade primária de justiça na repartição dos postos administrativos que o Concurso Público, na qualidade de processo administrativo, desdobrado em um conjunto de atos dos gestores públicos, deve estar sob permanente vigilância, a fim de atestar-se a adequação à legislação regente.

O estudo do controle desenvolvido sob este aspecto nos leva a caminhar sobre a tênue linha da divisão entre os Poderes, especialmente no que tange à análise da interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições da Administração Pública.

O presente trabalho, que possui caráter de Pesquisa Bibliográfica, tem por escopo elucidar as peculiaridades atinentes ao Concurso Público, mais precisamente abordando o tema do controle efetivado pelo Poder Judiciário, sob o prisma dos ditames legais e dos mais recentes entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, de modo a demonstrar a impropriedade do posicionamento que veda a possibilidade de fiscalização judicial sobre os critérios de mérito adotados pela Administração Pública. Objetiva-se, assim, contribuir para o esclarecimento dos limites de tal poder corretivo sobre os diversos atos administrativos, transferindo tal análise ao controle dos atos praticados no ínterim do Concurso Público.

Indispensável, para tanto, a análise da base principiológica deste instituto, assim como de sua evolução histórica e do Direito alienígena que, indubitavelmente, constituem-se como ferramentas norteadoras na criação, desenvolvimento e aprimoramento da principal, e porque não dizer, mais justa forma de acesso aos cargos e empregos públicos.

2. REGIME JURÍDICO DO CONCURSO PÚBLICO

2.1. NATUREZA JURÍDICA

De início é imperioso verificarmos que o concurso público não se perfaz com um único ato administrativo, mas sim por meio de um conjunto concatenado destes atos, organizados em relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade de preparar o ato final de consumação do exercício do poder, que é a contratação de novos servidores.

Os debates doutrinários atuais versam sobre a atribuição de natureza procedimental ou processual ao instituto do concurso público. Estas duas figuras, em verdade, não se confundem.

Ocorre que, tanto a idéia de *processo* quanto a de *procedimento* são, a primeira vista, relacionadas à existência de contenda judicial, o que acaba por direcionar o estudo desta diferenciação para o campo do direito processual. No entanto, tais conceitos são também inerentes ao ramo do Direito Administrativo, conforme se infere dos ensinamentos de Barreto (2006, p. 373) para quem

[...] hodiernamente, a expressão processo administrativo traduz todos os efeitos cujo trâmite se dê no âmbito da função administrativa estatal, sendo, inclusive, a terminologia adotada pela Constituição Federal (art. 5º LV) e pelas normas infraconstitucionais.

A doutrina processualística, ainda assim, não deve ser de todo repelida ao estudarmos a diferenciação entre estas duas figuras. Daquele ramo, embora no momento da conceituação esteja sempre embutido o elemento jurisdição, pode-se extrair que o processo é o meio do qual o indivíduo deve utilizar-se para alcançar determinado resultado na esfera jurídica, sempre no plano abstrato, enquanto que o procedimento é o que há de concreto, a materialização, o caminho necessário a ser percorrido durante o processo.

Partindo-se desta premissa, podemos conceituar o processo administrativo como sendo a relação jurídica que vincula necessariamente, de um lado, a Administração Pública e, de outro, os administrados, com a finalidade ínsita de validação da atividade estatal.

O procedimento, por sua vez, seria a forma pela qual se materializa, se desenvolve e se efetiva o processo administrativo, compreendido num conjunto de atos sequenciados que regulam a relação jurídico-administrativa entre o Estado e os indivíduos.

Neste sentido é a lição de Tourinho (2008, p.13), para quem “o termo processo deve ser utilizado quando há relação jurídico-administrativa, caracterizada pela conexão natural que existe entre dois ou mais sujeitos (públicos e privados)” enquanto que “o termo procedimento designa unicamente as sequências de atos contidas no processo”.

É válido mencionarmos aqui que há parcela da doutrina, encabeçada por Carvalho Filho (2005), que entende ser o Concurso Público pertencente ao gênero procedimento administrativo¹.

Não há, no entanto, que se negar que o Concurso Público estabelece uma relação jurídico-administrativa entre Estado e indivíduos, sobretudo no que concerne à existência do Edital regulador, que vincula as partes através de direitos e obrigações recíprocos. Não se pode também olvidar que esta relação caminha em direção ao resultado final de consumação do poder, que é a contratação de novos servidores públicos.

Em sendo assim, torna-se imperioso reconhecermos que a natureza jurídica do Concurso Público é de processo administrativo.

Ainda sob esta ótica, Marcio e Queiroz (2007, p. 14) traduzem brilhantemente os ensinamentos do ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo para atribuir ao concurso público a natureza de processo administrativo externo, ampliativo e de índole concorrencial. Explicam:

Os processos administrativos podem ser internos, que se desenrolam circunscritos à vida da Administração, ou externos, em que participam os administrados; restritivos ou oblatórios, quando visam a limitar direitos ou a impor sanções, ou ampliativos, quando, opostamente, visam a conferir determinadas prerrogativas aos administrados, se atendidos os pressupostos legais. (...) Quanto à existência ou não de caráter competitivo serão concorrenciais, como um concurso público ou uma licitação, ou simples, como um pedido de licença para edificar.

¹ Para Carvalho Filho (2005, p. 483) Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

2.2. CONCEITO

Impende, ao conceituarmos o instituto do Concurso Público, tomarmos por guia suas finalidades ínsitas. A Administração utiliza-se desta ferramenta com o fito de dar efetiva solução a situações distintas.

Por um lado, em decorrência da necessidade de oferta de empregos e cargos públicos e da distribuição de patrimônio à sociedade, destina-se a selecionar candidatos à luz da igualdade de oportunidades. Por outro, a própria entidade pública é quem se beneficia com a seleção de candidatos mais capacitados e aptos ao desenvolvimento da respectiva função.

Com efeito, conforme assevera Meirelles (2003, p. 412), o Concurso constitui-se “como 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”.

Ademais, o gestor público é mero executor de interesses alheios, de modo que não é detentor do status de senhor absoluto do que administra, haja vista esta oportunidade lhe ser transferida pelos cidadãos. Sob esta concepção, o Concurso Público estabelece a coerente repartição do patrimônio público, ao passo em que se presta a conferir estabilidade à máquina administrativa, fortalecendo-a ante a alternância de governos.

Diante disto, com base nos pressupostos acima elencados, entendemos que o Concurso Público pode ser conceituado como o processo administrativo de caráter externo, ampliativo e concorrencial através do qual o Poder Público seleciona os candidatos que preenchem os requisitos da lei, com vistas à moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público.

2.3. FONTES

Inquirir sobre a fonte de um instituto jurídico é buscar o seu nascedouro, de onde brota da vida social para atingir a superfície do Direito. Doutrinariamente costuma-se classificar as fontes em duas espécies: formais e materiais.

Fontes formais são os diversos meios pelos quais as normas jurídicas exteriorizam-se, tornam-se conhecidas. Notadamente são fontes formais do direito as Leis e os costumes. Particularmente, conforme se verá adiante, o Instituto do Concurso Público encontra embasamento legal em nossa Carta Magna.

As fontes materiais, por sua vez, constituem-se diante dos fatos sociais, dos problemas que emergem na sociedade, compondo o espírito do legislador e fornecendo-o os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos.

A repartição inescrupulosa de cargos públicos, imposta pelo apadrinhamento e pela ausência de critérios de seleção mais justos, juntamente com a necessidade de se ter maior eficiência no desenvolvimento das funções administrativas levou à aplicação do Concurso Público como ferramenta hábil à aferição da capacidade de cada indivíduo.

Desta forma, a demanda social pela participação na atividade estatal constituiu-se como a fonte material do instituto ora em comento, seja por não haver meio mais probo de selecionar novos servidores, seja pela deficiência dos serviços prestados pelos entes públicos.

2.3.1. Base Legal

A Constituição Federal brasileira apresenta-se como fonte formal primária do instituto do Concurso Público, trazendo previsão expressa de sua exigibilidade com vistas ao provimento de cargos e empregos públicos, consoante assevera o art. 37, inciso II, com o seguinte teor:

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. (grifo nosso)

Desta exigência sobressalta-se a necessidade de adequação à forma prevista em lei. Muito se discute acerca da competência para legislar sobre Concurso Público: se apenas da União, ou também dos entes federados. É clara, contudo, a solução desta questão. A própria Carta Magna, por intermédio

do dispositivo retromencionado, estatui a extensão da competência aos Estados e Municípios. Do contrário, haveria previsão expressa em seu texto restringindo os comandos legais somente às leis de iniciativa federal.

Cabe acrescentar, no que toca a esta discussão, a importância da autonomia político-administrativa dos entes federados, conforme assegurada pelos arts. 18, 25, §1º e 30, I, da Lei Maior, haja vista que cada unidade goza de ampla autonomia para dispor sobre a organização de seus serviços públicos e, por conseguinte, das formas de admissão de novos servidores. Outrossim, não há restrição à que quaisquer entes federados legislem sobre a matéria dos concursos públicos, ressalvando-se, por óbvio, o respeito à Constituição e aos princípios atinentes.

No âmbito Federal a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que institui o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, prevê o requisito da aprovação em concurso público na forma que se segue, *ipsis litteris*:

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo **depende de prévia habilitação em concurso público** de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade. (grifo nosso)

A positivação de normas atinentes ao procedimento concursal, no entanto, tem apresentado lenta evolução em nosso país. Os diplomas legais que instituem a exigência do Concurso Público limitam-se a estabelecê-la, sem, contudo, especificar claramente as etapas procedimentais, como prazos, constituição de bancas examinadoras, modalidades de recursos ou até mesmo sobre o conteúdo dos editais.

O casuísmo legislativo deflagra a extensão de uma margem de discricionariedade aos Administradores, o que, por vezes, resulta em atos abusivos das Bancas Organizadoras de Concursos Públicos. Tal arbitrariedade compromete a seriedade e a imparcialidade ínsita dos processos seletivos, daí decorrendo transtornos aos administrados e um número alarmante de casos levados ao Judiciário.

Os editais de certames não podem atuar como substitutos da Lei, visto que são elaborados, no mais das vezes, com natureza de regulamentos autônomos, uma vez que não possuem respaldo em qualquer diploma de

índole normativa, exurgindo daí a necessidade do estabelecimento de normas gerais sobre os concursos públicos.

Neste aspecto, tem-se notícia da tramitação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei do Senado Federal nº 92/2000, de autoria do Senador Jorge Bornhausen, que visa estabelecer normas gerais sobre a realização de concursos públicos de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ademais, recentemente entrou em vigor a Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que acrescentou o art. 311-A ao Código Penal, passando a ser considerado crime a fraude em certames de interesse público.

Enquanto isso, ante a inércia do Poder Legislativo, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão aprovou a Portaria nº 450, de 06 de novembro de 2002, que estabelece normas gerais para realização de concursos públicos, tão somente no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. A principal crítica direcionada a este documento refere-se à sua aplicabilidade aos entes autárquicos e fundacionais, em razão do Regime Jurídico peculiar destas entidades, que lhes assegura uma autonomia legal em relação aos órgãos da administração direta. Inobstante estas condenações doutrinárias, o que se há de reconhecer é a iniciativa elogiável do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em adotar a medida posta ao seu alcance para regulamentar o procedimento dos Concursos Públicos, frente à inércia injustificada do Poder Legislativo.

Por fim, e igualmente no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, está em vigor o Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, que, dentre outras providências, contém normas gerais sobre a realização dos concursos públicos.

2.3.2. Base Principlológica

O termo princípio, à primeira vista, transmite a acepção de *início*, de *começo*. Porém, seu emprego agrega uma noção mais ampla e útil ao mundo do Direito. Do lado de cá, os princípios apresentam-se como elementos formadores e orientadores das normas jurídicas.

Princípios, no dizer do eminente jurista José Afonso da Silva (2006, p.92), “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem bens e valores constitucionais”.

Atuando como alicerces na formação do Direito, têm como função primordial a delimitação do alcance atribuído à norma que se originou a partir de seu mandamento, compondo-lhes o espírito e constituindo-se como verdadeiras setas indicativas para sua exata compreensão.

Demais disso, para além de seu valor inestimável na elaboração das normas jurídicas, perpetuam-se como instrumentos indispensáveis à sua aplicação, uma vez que se constituem como ferramentas supridoras das lacunas legais, devendo estar embutidos no íntimo dos aplicadores do direito positivo como guia do real sentido atribuível às normas.

É nesse sentido que o instituto do Concurso Público recebe influência principiológica sob dois aspectos distintos: um que justifica a sua criação, fundamentando-a e delimitando os objetivos almejados e outro que rege o seu desenvolvimento, enquanto processo administrativo seletivo.

2.3.2.1. Princípios Justificadores

O instituto do concurso público possui princípios imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos.

Neste íterim os princípios da democracia, da isonomia, do livre acesso aos cargos públicos e da eficiência atuam notoriamente como fundamentadores da aplicação do Concurso Público como meio propício à contratação de novos servidores.

O princípio democrático, instituído pela Constituição Federal ainda em seu preâmbulo, baseia-se na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais, de maneira que não se poderia conceber a distribuição desregrada de postos públicos em um Estado que acolhe tal regime.

No dizer de Bonavides (2001, p. 127), o princípio democrático exsurge como “o mais excelso princípio de nosso ordenamento, condicionante tanto das

regras políticas como jurídicas da Lei Maior". A democracia, ainda segundo Bonavides, constitui "o mais fecundo e subjetivo dos direitos políticos da cidadania, em escala de concretude".

Ora, colossal razão assiste, pois, ao supracitado jurista. O empréstimo da força do princípio democrático ao instituto do concurso público consagra a efetivação dos objetivos estabelecidos pela própria Carta Magna, notadamente a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O regime democrático caracteriza-se pela transferência da titularidade do poder aos cidadãos, daí decorrendo o direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais, direito este assegurado, incontestavelmente, pela ferramenta do Concurso Público.

Aliado ao princípio democrático, o princípio isonômico determina a extensão de tratamento equânime aos cidadãos, excluindo, de pronto, quaisquer formas de privilégio ou desfavorecimento de candidatos por parte do Estado.

A isonomia, aplicada ao instituto do Concurso Público, enquanto processo concorrencial, pressupõe a igualdade de oportunidades no acesso a cargos e empregos públicos. Se por um lado o princípio democrático estende aos cidadãos a titularidade do poder, descentralizando a prática de atos administrativos, por outro o princípio isonômico trata de garantir a distribuição dos cargos públicos através de um procedimento que assegure a igualdade de oportunidades.

A igualdade implica num ponto de partida comum para todos os concorrentes. É com fundamento neste princípio que todos podem candidatar-se à ocupação de um posto na administração sujeitando-se às mesmas condições e exigências impostas aos demais candidatos.

A ferramenta do Concurso público destina-se a selecionar os candidatos que demonstrem maior aptidão ao desempenho do cargo público, estando, desta forma, vedada a concessão inicial de vantagens ou privilégios a determinada pessoa, em detrimento das demais, posto que se estaria violando o princípio máximo da isonomia.

O princípio do livre acesso aos cargos públicos, por sua vez, vige na mesma linha do princípio da igualdade, partindo da premissa de que todo

brasileiro tem constitucionalmente assegurado o direito de participar da administração pública, uma vez que não se pode escolher os cidadãos segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer fatores que excedam à qualificação exigida para o desempenho dos cargos públicos.

Por fim, o princípio da eficiência, enquanto fundamentador do Instituto do Concurso Público, deve ser entendido como instituidor da necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada. O princípio da eficiência nada mais exige dos agentes públicos, no admirável ensinamento Morais (2003, p. 317), do que o exercício de sua competência

[...] de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Em sendo assim, aplicando-se a orientação deste princípio ao Concurso Público há de se concluir que os critérios estabelecidos para a escolha dos futuros servidores devem ser suficientes para indicar aqueles que melhor se enquadram nas exigências da função a ser desempenhada.

2.3.2.2. Princípios Regentes

O Concurso Público, consoante sua natureza de processo administrativo, sofre influência de princípios que regem o seu desenvolvimento, notadamente dos princípios gerais da Administração Pública instituídos pela Constituição Federal em seu art. 37.

Ademais, não há que se excluir a atinência de princípios outros como o da razoabilidade e o da vinculação às normas editalícias que devem ser observados durante a execução do certame seletivo, com vistas a sua lisura e transparência.

A Carta Magna, por seu art. 37, prescreve a obediência da Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este último, como já explicitado anteriormente, particularmente em relação ao concurso público, atua como justificador, haja vista que delimita uma das razões de ser deste instituto, que é

a contratação de agentes capacitados e aptos a desenvolver suas funções com o máximo de eficiência.

Por outro lado, o princípio da legalidade impõe a observância da legislação vigente à época da seleção. O estrito cumprimento deste princípio conduz à exclusão de eventuais desvios de finalidade no desenvolvimento do certame, que terá como parâmetro os direitos e deveres prescritos na Lei. Nesta mesma linha de raciocínio está a doutrina de Otero (2003, p. 53), segundo a qual a legalidade administrativa prevista no art. 37 da nossa Carta Maior institui “um espaço de limitação racional ao poder do Estado, prevenindo e impedindo abusos e, desse modo, tornando-se um instrumento de garantia da liberdade”.

O Estado de Direito criado pela aplicação deste princípio volta-se a proteção da sociedade das intempéries dos administradores, determinando a adequação do gestor público a um quadro normativo previamente estabelecido. De outra maneira não poderia atuar o princípio da legalidade, tendo em vista o histórico de corrupção, desvios e opções políticas equivocadas, notadamente no campo da distribuição de postos públicos, já experimentados em nosso país.

Outra ressalva há de estar presente quando do estudo da legalidade aplicável ao concurso público. Já está difundido o brocardo jurídico segundo o qual “o Edital é a lei do concurso”. Sob este aspecto é que os parâmetros alusivos ao concurso hão de estar previstos no Edital, não sendo admissível ato da Administração Pública que implique criação de novas exigências nele não previstas.

A elaboração do edital concursal é espécie de ato administrativo e, portanto, deve guardar conformidade com a legislação. Desta feita, inobstante o fato de que o edital tem por escopo regular o certame seletivo, atuando como lei entre as partes, sofre também limitação legal não podendo prever qualquer exigência ou liberalidade em desacordo com os ditames aplicáveis.

O princípio da impessoalidade pressupõe que a atividade do agente público esteja completamente voltada à satisfação do interesse coletivo, sem quaisquer considerações de caráter pessoal, seja em seu benefício, seja em benefício de administrados.

O Estado é pessoa jurídica de direito público e, nesta qualidade, depende da atuação de indivíduos através dos quais manifestará sua vontade, sem que essa, contudo, seja confundida com a vontade particular dos agentes. É em decorrência desta mesma assertiva que os atos administrativos são imputados ao órgão, e não ao funcionário.

No que toca aos Concursos Públicos, o princípio da impessoalidade garante a adoção de critérios estritamente ligados ao desempenho da função administrativa destinada ao novo servidor, ausentes quaisquer pressupostos individuais que possam gerar favorecimento ou discriminação. Ora, o próprio Concurso é uma forma de se garantir a impessoalidade nas contratações de agentes públicos, visto que se baseia em critérios de escolha objetivos. Entender de outra forma seria negar o caráter concorrencial do próprio instituto em si.

Em conformidade com os princípios já elencados atua a moralidade administrativa. De acordo com este princípio não basta ao administrador o cumprimento da legalidade, devendo sua atuação se pautar na boa-fé, lealdade, decoro, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, ao trabalho e à ética das instituições. O princípio da moralidade está intimamente ligado à idéia de probidade. Os atos administrativos devem guardar consonância com tal preceito, sob pena de enquadrar-se nas disposições do art. 37, §4º da Constituição Federal

No que interessa à disciplina do Concurso Público o princípio da moralidade administrativa impõe o respeito à igualdade de oportunidades e condições na realização do certame, excluindo, de pronto, a atuação desconforme com os preceitos morais vigentes em tempos atuais.

Sob este prisma, regula o concurso público desde a feita do edital, como espécie de ato administrativo, até a conclusão do processo seletivo com o atendimento do fim precípua que é a nomeação dos candidatos que demonstrarem maior aptidão. O Concurso Público, por si só, já se apresenta como instrumento moralizador da relação Administração – Administrados, tendo em vista que veda a seleção indiscriminada de servidores, prática esta que inevitavelmente resultaria em violação aos preceitos da justiça e da igualdade de oportunidades.

Por último, nos resta comentar o princípio da publicidade dos atos administrativos, estatuído pelo art. 37 da nossa Carta Magna. A publicidade como princípio de administração pública abrange toda atuação estatal, não só no aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também objetivando o conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Tal preceito afigura-se como de imposição obrigatória, uma vez que não constitui mero elemento formativo dos atos administrativos, mas sim requisito de eficácia e validade, haja vista ser a publicidade a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

A doutrina maior adota esta orientação, reconhecendo que a publicidade não integra o ato, mas constitui, em verdade, condição para sua eficácia, de modo que a conduta estatal aperfeiçoa-se somente quando da sua publicação, visando evitar os dissabores da prática de procedimentos arbitrariamente sigilosos.

Portanto, tendo as finalidades ínsitas de divulgar e conferir eficácia aos atos estatais é que o princípio da publicidade se aplica ao instituto do Concurso Público, desde suas etapas iniciais, até a conclusão. Quanto a este processo, a publicidade deve ser feita mediante inserção dos atos no Diário Oficial.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, trata-se de um mecanismo de controle dos meios utilizados pelo Administrador para atingir as finalidades legais no caso concreto. Delimita, portanto, a proporcionalidade entre os meios e fins de quaisquer atos administrativos.

Em assim sendo, o princípio ora em comento guia a prática administrativa sob os requisitos da idoneidade ou adequação do meio, da necessidade da medida e da proporcionalidade em si, esta última entendida como o balanceamento entre o direito restringido e o direito garantido pela prática do ato. Este preceito tem aplicação direta ao processo do Concurso Público, limitando a atuação do órgão selecionador aos requisitos realmente indispensáveis ao desenvolvimento da função almejada pelos concorrentes.

A exigência de conhecimentos, habilidades ou titulação específica durante a realização do certame seletivo deve, desta forma, coadunar-se com a futura atividade a ser desempenhada, não sendo, por óbvio, admissível a exigibilidade de quaisquer outros requisitos inúteis. A razoabilidade aqui debatida é de aplicação obrigatória, tendo em vista que o Concurso Público é o

meio, e o provimento de cargo público o fim, devendo, sob a guarda deste princípio, guardar razoável sintonia.

2.3.2.3. Princípio da vinculação ao Edital

Este princípio inclui-se, sem sobra de dúvidas, dentre a categoria dos Princípios Regentes, delineados no item supra. No entanto, tendo em vista sua complexidade e significância dentro da temática ora debatida, especialmente no que concerne à possibilidade de controle jurisdicional dos Editais concursais, é de bom alvitre tratá-lo individualmente. Assim é também o ensinamento de Motta (2006), para quem a vinculação ao edital “nada mais é que faceta dos princípios da legalidade e moralidade, mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância”.

É consagrado o brocardo afirmativo de que "o Edital é a lei do concurso público". Este axioma remete ao princípio da vinculação ao edital, ora explanado. Tal princípio estabelece que todos os atos que regem o Concurso Público ligam-se e devem obediência ao Edital, sendo este entendido não somente como o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame, mas também como o diploma normativo que contém os ditames que o regerão.

Outrossim, o Edital é ato elaborado sob a égide do Poder Normativo da Administração Pública para disciplinar o processamento do Concurso Público, devendo, por conseguinte, obediência à lei e vinculando, em observância recíproca, Administração e Administrados.

Como já explanado, o princípio da legalidade estatui o dever da Administração de pautar suas ações sempre pelo direito, e não meramente pela lei em sentido formal, de modo que a afronta a qualquer princípio deve ser entendida como desrespeito ao princípio da legalidade em sentido amplo, em função da indiscutível carga normativa atribuível a este.

No que tange aos concursos públicos, contudo, é importante lembrar que a Constituição determina, por meio de seu art. 37, inciso II, que os requisitos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas devem ser estabelecidos em lei.

Não se admite, portanto, outra interpretação. As exigências, sejam elas documentais, inclusive habilitações específicas, testes físicos, exames psicotécnicos, tempo de experiência, idade mínima ou máxima, dentre tantas outras, somente podem ser impostas por lei formal, à qual o edital deve vincular-se estritamente. A lei a que se refere à Carta Magna é de competência do ente político responsável pela criação do cargo, emprego ou função pública.

A publicação do edital, desta forma, torna explícitas as regras que norteiam o relacionamento entre a Administração e os candidatos. Daí decorre a necessária observância bilateral, na qual o poder público exhibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas, restando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações.

2.3.2.4. Princípio da Isonomia e as Ações Afirmativas

O princípio da isonomia, em sua acepção geral, sofre limitações de cunho eminentemente social. Por ele se busca também atingir a igualdade nas relações interpessoais que partem da premissa de que determinados indivíduos possuem características que os diferenciam dos demais, sejam elas vantajosas ou não.

Neste aspecto é possível afirmar-se que o princípio da igualdade destina-se também a dar efetiva solução à heterogeneidade da sociedade, notadamente tratando os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente. Esta é a visão consagrada pelos ensinamentos de Kelsen (1998, p. 54) para quem

[...] quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais -, devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente.

As Ações Afirmativas constituem-se como medidas jurídicas destinadas a minimizar tais disparidades sociais, querendo com isso estender determinados benefícios às minorias socialmente inferiorizadas com o propósito de atingir a igualdade constitucionalmente garantida. Com efeito, o que se tem percebido é uma atuação estatal cada vez mais voltada à garantia da igualdade formal, conforme se infere da adoção de políticas públicas

destinadas, por exemplo, ao auxílio no custeio da educação infantil para as crianças cujos pais comprovarem a insuficiência de recursos ou ainda a destinação de vagas em processos vestibulares para determinados grupos desfavorecidos.

É preciso atentar, no entanto, para o fato de que a adoção das Ações Afirmativas deve coadunar-se com a sua finalidade ínsita, qual seja, evitar as desigualdades sociais. Neste sentido, não é admissível a prática de Ações que resultem na inversão de uma desigualdade previamente existente, concedendo benefícios às minorias, em desfavor das maiorias. Assim sendo, as referidas medidas devem observar a razoabilidade, sob pena de resultar em mais um instrumento de desequilíbrio social.

O instituto das Ações Afirmativas aplica-se diretamente aos Concursos Públicos, visando estabelecer a redução das desigualdades entre os candidatos mais ou menos capazes de competir em condição de igualdade, em razão de uma disparidade preexistente. Diante disso, tendo em vista que o Concurso Público destina-se a selecionar novos servidores para vagas existentes no serviço público, buscou-se atingir a redução destas disparidades através da reserva de vagas para determinadas categorias.

A instituição da referida “reserva de vagas” no âmbito dos Concursos Públicos, conforme já ressaltado acima, deve guardar proporção com a distorção que visa combater. Daí entendermos que esta medida só será legítima quando a “discriminação” imposta mantiver uma relação lógica entre a distorção combatida, o critério de desnivelamento adotado e o resultado almejado. Exemplifica-se:

Tomemos por guia a reserva de vagas para deficientes: neste caso, deverá haver correlação entre a porcentagem de deficientes existentes na sociedade e a porcentagem de vagas reservadas a estes com a finalidade de que o provimento final corresponda a real proporção entre o número de indivíduos deficientes e o número de servidores deficientes, resultando daí efetiva solução à disparidade pré-existente em relação aos demais indivíduos.

2.4. ASPECTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO

O estudo das fontes históricas destina-se à compreensão dos institutos jurídicos atualmente constituídos, com vistas à determinação do exato alcance

dos quadros normativos atuais, sobretudo no que concerne à sua interpretação, onde é primordial a captação da finalidade, essência e valores fundamentais, maiormente em um trabalho de natureza técnico-científica como o aqui formulado.

A importância deste tópico advém da natureza fenomenológica do direito, enquanto ciência cambiante, no tempo e no espaço, de maneira que os institutos jurídicos estabelecidos hodiernamente assim o são em virtude de rejeições e aprimoramentos aos quais foram submetidos em determinada fase da história evolutiva das sociedades.

2.4.1. Evolução dos sistemas de seleção de funcionários públicos

Em consonância com os esclarecimentos acima prestados, o Concurso Público, enquanto instituto jurídico, nem sempre foi utilizado como meio de seleção de indivíduos aptos a participarem da atividade estatal. Em verdade, as diferentes formas de organização política adotadas ao longo da história ditaram a elaboração de sistemas para escolha dos funcionários públicos. Neste diapasão é que Cretella Júnior (2002) nos ensina que tal escolha experimentou as seguintes modalidades: sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, livre nomeação absoluta, livre nomeação relativa, eleição e concurso.

Durante a Antiguidade clássica, em especial nas sociedades gregas de Atenas e Esparta, o sorteio foi o meio utilizado, no mais das vezes, para o preenchimento de cargos de natureza política, caracterizando-se basicamente pela inspiração divina e de uso restrito. Há relatos de que este sistema se subdividia em sorteio puro, destinado a uma pluralidade de candidatos, indistintamente, e sorteio condicionado, aplicado a indivíduos que reuniam determinadas características naturais que os tornavam aptos à ocupação de cargos públicos.

Posteriormente, com a queda das sociedades clássicas, notadamente da Grécia Antiga e do Império Romano, adveio a Idade Média. Nesta passagem histórica predominaram a sucessão hereditária, a compra e venda e o arrendamento como formas de distribuição dos postos públicos.

A sucessão hereditária estabeleceu a transmissão, de ascendentes para descendentes, da função pública. A problemática desta modalidade adveio da

incerteza acerca da aptidão dos sucessores para desempenhar o múnus público, além da evidente concentração do poder nas mãos de poucos indivíduos pré-selecionados em razão do critério sanguíneo.

O arrendamento, também predominante na Idade Média, decorreu logicamente do feudalismo, este entendido como o modo de organização social e político baseado nas relações servo-contratuais. Por este método pretendeu-se efetivar a distribuição dos cargos públicos aos particulares, por prazo determinado e mediante uma quantia arrecadada aos cofres públicos. O certo é que, por meio deste também não se haveria de aferir, sob qualquer hipótese, a capacidade para o desempenho das atividades estatais, uma vez que fundado em aquisição temporária do poder e mediante prévia compensação pecuniária.

Ainda durante a era medieval, mais precisamente na França de Carlos VII e Francisco I, predominou o sistema de compra e venda consistente na alienação, pelo Estado a particular, a título oneroso, dos empregos públicos. Tal sistema, igualmente ao do arrendamento, seguiu a orientação de que o cargo público teria caráter econômico, suscetível de transmissão, e restou por assegurar, em consequência lógica, a ocupação dos postos públicos pelos mais ricos e não pelos mais capazes.

Com a passagem da Idade Média para a Moderna e o advento do domínio absolutista, procedeu-se à escolha dos empregados públicos através da livre nomeação absolutista, meio pelo qual a opção competia a uma única autoridade, independentemente do crivo de outro Poder. Vigorou mais especificamente para a escolha de cargos de maior importância e de confiança dos monarcas absolutistas. Em contrapartida, o sistema da livre nomeação relativa, que pressupunha a indicação de um rol de candidatos por um poder, e a escolha por outro, destinou-se a escolha de cargos de menor potencial ofensivo à classe dominante.

Ocorre que, com o advento da Revolução Francesa, tida esta como o marco divisório entre a Idade Moderna e a Contemporânea, estabeleceu-se uma maior margem de participação da sociedade nas atribuições estatais, comprovadamente através da eleição como sistema de preenchimento dos postos públicos. Tal meio exsurgiu como resposta imediata aos abusos decorrentes dos sistemas absurdos anteriormente utilizados, findando por ajustar tal escolha aos preceitos da soberania popular. Contudo, inobstante o

progresso almejado, o sistema de eleições ainda não solucionou o problema da aptidão para o desempenho das funções públicas, em virtude do que não se atingiu a eficiência da função administrativa.

Este histórico de necessidade de um sistema mais eficaz e justo de escolha dos empregados públicos resultou no nascimento do Concurso Público, durante o século XIX, mais precisamente na França de Napoleão, por meio de ferrenhas lutas contra seus opositores, beneficiados por outros sistemas. Tratava-se de uma reação contra a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos e da afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo.

Com efeito, o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, datada de 26 de agosto de 1789, trazia expressa previsão sobre o acesso aos cargos públicos, da forma que se segue:

Artigo 6º - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. **Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.** (grifo nosso)

Nesta esteira, o Concurso Público passou a solucionar cada um dos problemas constantes nas outras modalidades de seleção, mais precisamente estatuidando condições de igualdade no acesso aos cargos públicos, independentemente de características previamente estabelecidas, tais como o critério sanguíneo ou o pecuniário, além de conferir eficiência à prestação da atividade administrativa, em virtude da aferição da capacidade e aptidão dos funcionários.

Inegável, portanto, reconhecemos que tal sistema, dentre todos os outros modos de seleção já experimentados pelas sociedades em tempos distintos, é o único que tem o grande mérito de afastar os absolutamente incapazes para o exercício das funções públicas. Deve-se ressaltar, contudo, que a idoneidade do sistema concursal somente se verifica com o devido respeito ao ordenamento jurídico e aos princípios gerais aplicáveis,

notadamente os da igualdade, moralidade e razoabilidade, sob pena de resultar em mais uma forma de distribuição injusta e ineficaz dos postos administrativos, submetida ao alvitre de outros tipos de influências que não a capacidade individual.

2.4.2. Constituições Brasileiras

No âmbito do Direito Constitucional pátrio a figura do Concurso Público encontrou guarida tão somente a partir da Constituição Federal de 1934. As cartas anteriores, influenciadas pelo espírito de igualdade entre os indivíduos, mormente estabelecido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, fizeram vaga referência à acessibilidade aos cargos públicos.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I, em seu Título VIII, que trata das disposições gerais e das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, pelo art. 179, inciso 14, estatuiu “que todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

De igual modo, a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, não incluiu nenhuma disposição acerca de concurso público. Entretanto, cabe ressaltarmos que o seu art. 73 dispôs sobre a acessibilidade aos postos estatais, declinando que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir”.

Foi a partir da Constituição Federal de 1934, promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte, convocada por Getúlio Vargas durante a Revolução Constitucionalista de 1932, conforme já delineado anteriormente, que o instituto do Concurso Público passou a ser exigido expressamente pela Lei Maior brasileira. Em verdade, o Título VII – Dos Funcionários Públicos, por seu art. 168 e seguintes, albergou as seguintes disposições, *in verbis*:

Art 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

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

(...)

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

Cumprir registrar que, embora nesta ocasião a exigibilidade de Concurso Público tenha sido erigida à categoria de princípio constitucional expresso², sua aplicabilidade restringiu-se às situações expressamente previstas em lei formal e exclusivamente para os cargos de carreira. Desta forma, o concurso público só era exigido para a investidura no cargo inicial da respectiva carreira, visto que os demais cargos constantes de sua estrutura administrativa eram providos de forma derivada, vale dizer, por intermédio de sucessivas promoções verticais.

As Constituições de 10 de novembro de 1937 e 18 de setembro de 1946 praticamente acolheram a redação da Constituição de 1934. Manteve-se, portanto, a obrigatoriedade do concurso público tão somente para investidura nos cargos de carreira e, para os demais cargos, quando houvesse expressa previsão legal. Ademais, os exames poderiam consistir em provas ou títulos, o que possibilitou a escolha de candidatos unicamente através da análise de titulação.

Com o advento da Constituição Federal de 1967 o Concurso Público passou a ser obrigatório para investidura em todos os cargos públicos, nos casos indicados na legislação, conforme previsão do art. 95, a seguir transcrito:

Art. 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

² Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº. 21.322, de 03/12/1992, deixou salientado que "A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da lei e mediante concurso público, é princípio constitucional explícito desde 1934 (art. 168)"

§ 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Como se percebe ainda do texto constitucional acima transcrito, adveio a obrigatoriedade da realização de provas nos concursos públicos, vedando a possibilidade de seleção de candidatos unicamente pela análise de títulos, como ocorria nos regimes constitucionais anteriores. Além disso, a Constituição de 1967 tratou de prever expressamente a dispensa de concurso público para ingresso nos cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Saliente-se que a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, voltou a exigir que somente a primeira investidura em cargo público dependeria de aprovação prévia, em concurso de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. Por fim, impõe-se esclarecer que até essa Constituição não se exigia concurso público para admissão nos empregos públicos e nem nas funções técnicas ou científicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, foi a que trouxe mais inovações sobre o tema, sobretudo em razão do caráter democrático, o qual impôs uma maior participação da sociedade como agente direto, no exercício e controle das funções estatais.

Neste contexto, a Constituição de 1988 findou por estabelecer, definitivamente, a obrigatoriedade do Concurso Público, de provas ou de provas e títulos, para investidura em cargos e empregos públicos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, conforme determinado no art. 37, II, anteriormente transcrito (v. item 3.1, Base Legal).

Dentre outras inovações, atinentes basicamente aos servidores públicos, como os demais requisitos para investidura, as hipóteses de acumulação de cargos, o lapso temporal para aquisição de estabilidade, etc., importa ao nosso estudo ressaltar a criação, pela Constituição Federal de 1988, de regras constitucionais voltadas ao sistema dos concursos públicos, como a instituição de prazo de validade (art. 37, III) e a obrigatoriedade de nomeação de candidatos aprovados em certame ainda válido, em detrimento de novos concursados (art. 37, IV).

2.5. DAS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DOS CONCURSOS PÚBLICOS

De acordo com o determinado no art. 37 da Constituição Federal, a regra dos Concursos Públicos aplica-se à investidura em cargo ou emprego público da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Muito se discutiu acerca da inclusão das sociedades de economia mista e das empresas públicas no conceito de Administração Indireta. Embora tal discussão não importe ao objeto do presente trabalho, fazem-se necessárias breves explanações, com vistas à aferição da aplicabilidade da exigência de concurso público para ingresso no quadro de funcionários de tais entidades.

Com efeito, o art. 173, § 1º da Constituição Federal, anteriormente à edição da Emenda nº19/98, dispunha que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto a obrigações trabalhistas e tributárias”.

A despeito desta determinação, arraigaram-se entendimentos jurisprudenciais³ em sentido contrário, sob o fundamento de que tal equiparação tinha tão-somente o objetivo de impedir tratamentos diferenciados às empresas públicas e sociedades de economia mista que importassem em prejuízo à livre concorrência.

A questão restou definitivamente pacificada com o advento da Súmula 231 do Tribunal de Contas da União, de modo que atualmente é expressa a exigência de prévia aprovação em Concurso Público para ingresso no quadro funcional das empresas públicas e sociedades de economia mista, inobstante sua natureza jurídica de direito privado, da forma que se segue:

A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda,

³ Veja-se, a propósito, o seguinte julgado: “CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA E FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. (...) Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de Economia Mista está igualmente sujeita a esse princípio que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existe, estão na própria Constituição. (Pleno. MS 21.322-1, Rel. Min. Paulo Brossard, por maioria, DJU 1 de 23.04.1993.

as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

Conquanto o concurso público seja, comprovadamente, o sistema mais democrático e legítimo de se alcançar a eficiência da função administrativa, não é absoluta a sua exigibilidade, de modo que a própria Constituição Federal estatui hipóteses de dispensa. Há de se ressaltar, entretanto, que somente a esta compete dispor sobre as condições especiais de inexigibilidade dos concursos públicos, uma vez que qualquer norma infraconstitucional que disponha em sentido de eliminar tal exigência incorreria em flagrante inconstitucionalidade.

A Constituição fixa, pois, as seguintes hipóteses de inexigibilidade: nomeação para cargos em comissão, contratação temporária para atender a excepcional interesse público, nomeações para determinados cargos vitalícios, promoção vertical, aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra e admissão excepcional de profissionais qualificados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

A primeira destas hipóteses refere-se à nomeação para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, por força do que assevera o art. 37, II, da Lei Maior. Frise-se que esta previsão abarca também as nomeações para funções de confiança, uma vez que, conforme se infere da disposição do art. 37, V, ambas as categorias destinam-se, indistintamente, às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

D'outra banda, a norma do art. 37, inciso II, prevê apenas a inexigibilidade do concurso público, nada impedindo que a lei estabeleça determinados requisitos mínimos a serem preenchidos pelos titulares destes postos, assim como o fez com relação às funções de confiança, para as quais exige o preenchimento por servidores efetivos, previamente contratados mediante prestação do concurso público.

A dispensa neste caso justifica-se pela relação de confiança existente entre a autoridade nomeante e o nomeado. Contudo, é pressuposto de validade para esta forma de ingresso no serviço público que a nomeação seja pautada no princípio da impessoalidade, de modo que a confiança atribuída ao agente nomeado deve advir de sua capacidade e qualificação para o

desempenho da função pública, mas nunca comportar razões de ordem particular, sob pena de privilegiar-se a relação prévia de intimidade em detrimento do critério de merecimento⁴.

A segunda hipótese de inexigibilidade refere-se à contratação temporária, originariamente instituída em razão da necessidade do Estado precaver-se contra infortúnios que pudessem acarretar aumento da carga de serviços a serem prestados à sociedade. Tanto é assim que a Constituição Federal, pelo art. 37, inciso IX, é imperativa ao exigir a ocorrência do excepcional interesse público. Se não vejamos:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Deste dispositivo extraem-se, pois, os outros requisitos fundamentais autorizadores da contratação temporária, quais sejam, a previsão em lei formal, a taxatividade e a contratação por tempo determinado. Ausentes quaisquer um destes elementos, além, por óbvio, da necessidade temporária de excepcional interesse público, já mencionada, restará configurada a violação à regra do Concurso Público.

Através dos dois primeiros requisitos quis estabelecer-se que as hipóteses permissivas para a contratação temporária devem estar obrigatoriamente previstas em lei e, mais, que tal previsão vincula a Administração pública, de modo a não admitir a analogia em situações que porventura ocorram sem a devida previsão legal. A edição desta lei formal compete a cada unidade federativa, uma vez que, conforme já salientado anteriormente (v. item 3.1, Base Legal), as questões referentes à admissão de pessoal estão abrangidas na autonomia dos entes federados. No âmbito da União, vigora a Lei nº 8.745/93, a qual estabelece os casos e condições para os contratos por tempo determinado para atender excepcional interesse público.

⁴ Neste aspecto, é de suma relevância mencionar que a preocupação do legislador tem se voltado, em certa medida, à repressão do nepotismo, este entendido como o favorecimento de parentes em detrimento de pessoas mais qualificadas, especialmente no que tange à nomeação para os cargos em comissão e funções de confiança. Foi com vistas à barrar esta prática que a Emenda Constitucional nº 19 estabeleceu o respeito às condições e percentuais mínimos exigidos em lei.

A contratação haverá de ser feita, ainda, por tempo determinado, respeitando sempre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porquanto se o prazo fosse indeterminado, a necessidade não seria temporária e, sim, permanente, configurando-se a exigência de concurso público.

Outra hipótese de dispensa do concurso público refere-se à nomeação para cargos vitalícios, notadamente os instituídos pela Constituição Federal para composição dos diversos Tribunais, justificando-se esta pela natureza jurídico-política destes cargos, ou mesmo pela necessidade de fazerem-se representar os membros de distintas carreiras ou atividades jurídicas. Dentre os cargos vitalícios a Constituição dispensa o concurso público para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários (art. 94) e para a nomeação dos Tribunais de Contas (art. 73, parágrafos 1º e 2º), bem como para os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único).

A promoção vertical, por sua vez, constitui espécie de provimento derivado, aplicável a agentes públicos integrantes de carreira escalonada. Em síntese, consiste na passagem de servidor a um cargo de gradação superior, dentro da mesma carreira. Deve-se frisar que a investidura inicial nos cargos de carreira depende de prévia habilitação em concurso público. A inexigibilidade aqui explanada destina-se tão somente à mudança de cargo por servidor já integrante do quadro de funcionários da Administração Pública.

A Constituição Federal estabelece em seu texto alguns dos cargos necessariamente de carreira, como os membros do Poder Judiciário (art. 93, I), Ministério Público (art. 129, § 3º), Advocacia Pública (art. 131, § 2º e art. 132), Defensoria Pública (art. 134, parágrafo único), corpo diplomático (art. 12, § 3º, V), polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares e corpos de bombeiros militares (art. 144 e parágrafos) e profissionais do ensino de magistério público (art. 206, V).

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu, em seu art. 53, inciso I, a possibilidade de aproveitamento no serviço público de ex-combatente de guerra, independentemente da prévia habilitação em concurso público, conforme se infere do seu texto a seguir transcrito:

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade;

Em virtude de tratar-se de norma de exceção, a hermenêutica jurídica impõe que interpretação deste dispositivo deve ser literal e restrita. Desse modo, o benefício estipulado só estende-se aos ex-combatentes que efetivamente hajam participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, afastando-se sua aplicabilidade para quaisquer outras modalidades de participação ou para as atividades deste caráter desempenhadas em outras Guerras. A razão de ser da inclusão deste dispositivo no ADCT é de que, ao tempo de sua promulgação, em 1988, os possíveis ex-combatentes ainda com capacidade laborativa, mesmo na hipótese de assumirem postos na Administração Pública, em pouco tempo complementariam os requisitos para aposentadoria. Daí seu caráter transitório.

Por fim, a doutrina pátria, encabeçada pelo notável administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, chama a atenção para a possibilidade de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas procederem, em situações excepcionalíssimas, à contratação de profissionais qualificados sem a prévia aprovação em concurso público.

Deve-se notar de início que, conforme já mencionado anteriormente, as sociedades de economia mista e empresas públicas, enquanto integrantes da Administração Indireta, submetem-se à regra do concurso público. Ocorre que tais pessoas jurídicas de direito público que explorem atividade de cunho econômico sujeitam-se à concorrência de mercado, de modo que poderiam atuar em desigualdade de condições com a rede privada no caso de não poderem proceder à contratação direta de profissionais notoriamente qualificados. Neste contexto, Mello (1991, p. 148) entende que a dispensa seria admissível, tomando por base os seguintes termos:

(a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.

A inexigibilidade acima abalizada, embora encontre óbice na carência de previsão constitucional para tanto, tem fundamento no princípio da eficiência administrativa e deve guardar inteira consonância com a função social da pessoa jurídica de direito público. Fora isso, aplica-se aqui a regra insculpida no o art. 173, § 1º da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de previsão no estatuto jurídico respectivo, instituído mediante lei, com vistas à fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

2.6. DAS ETAPAS PROCEDIMENTAIS DOS CONCURSOS PÚBLICOS

O presente tópico tem por objeto a análise dos principais elementos componentes do rito em que se desenvolvem os Concursos Públicos, enquanto processo administrativo. Conforme restou explicitado ao tempo do estudo acerca da natureza jurídica deste instituto, aduzimos que este não se perfaz através de um único ato administrativo, mas sim por meio de um conjunto concatenado destes atos, organizados em relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade de preparar o ato final de consumação do exercício do poder, que é a contratação de novos servidores.

Partindo desta premissa, e do pressuposto de que os Concursos Públicos amoldam-se às peculiaridades dos cargos públicos a que se destinam, objetivamos traçar uma linha geral de desencadeamento dos atos administrativos indispensáveis à perfeita conclusão dos processos seletivos.

Para tanto, torna-se necessário o prévio esclarecimento de que os Concursos Públicos, embora se exteriorizem tão-somente com a publicação do Edital, percorrem uma etapa de preparação interna, da qual podem resultar vícios que ensejem sua anulação ou anulabilidade. Desta feita, em função do direcionamento temático que se pretende dar ao presente trabalho, impõe-se analisarmos o procedimento concursal em seus dois momentos distintos.

2.6.1. Etapa Interna

A etapa interna consiste na preparação da Administração pública visando não somente o estabelecimento das regras aplicáveis ao processo seletivo em si, uma vez que se destina também à prévia análise sobre a

necessidade, oportunidade, conveniência e adequação da contratação de novos servidores, coadunando-se com a capacidade do Estado de instituir novos postos de emprego. Assim, as formalidades preliminares à realização do concurso público remetem à necessidade de previsão orçamentária, à determinação do órgão ou entidade responsável pela sua execução e à constituição e designação da Banca Examinadora.

É cediço que a Administração Pública, no uso de sua discricionariedade típica, haverá de determinar o momento oportuno para a abertura de concurso público. É óbvio, pois, que deverão ser sopesadas a existência de vagas ociosas e a necessidade de seu efetivo preenchimento para atender às finalidades da Administração Pública. Ressalte-se que aqui não se quer condicionar a realização dos concursos à prévia existência de vagas disponíveis, mas, sim, o que se quer afirmar é que a sua existência deverá ser considerada pela Administração como fato motivador da deflagração de um processo seletivo.

Assinale-se que é perfeitamente possível a abertura de certame ainda que não haja vagas disponíveis, desde que estas efetivamente surjam durante seu prazo de validade. Nesse sentido podemos imaginar a situação de um órgão público que detenha um percentual significativo de servidores em vias de se aposentar compulsoriamente, caso em que justificar-se-á a realização de concurso público com vistas à manutenção das atividades administrativas correspondentes. De maneira inversa, também podemos idealizar a situação de órgão que, embora detenha quantitativo considerável de cargos vagos, atenda suficientemente à demanda, dispensando a necessidade de contratação de pessoal.

O fato é que, enquanto os dois fatores acima expostos atuam como setas indicativas da conveniência e oportunidade para a abertura de concursos públicos, a contratação e admissão de novos servidores está condicionada à previsão orçamentária, por força do que determina o art. 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição Federal, redigidos da forma seguinte:

Art. 169. A despesa com 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

de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou 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.

Vale advertir que a exigência acima colacionada, refere-se exclusivamente à contratação e admissão de novos servidores, nada obstando à realização de concursos públicos, uma vez que este é processo preparatório para o ato de provimento final. Ademais, conforme já esclarecido anteriormente, cabe à Administração decidir o momento oportuno para nomear os candidatos aprovados, de modo que é absolutamente admissível que durante o prazo de validade seja alcançada a disponibilidade financeira para efetuar-se a devida contratação.

Quanto à execução do Concurso Público, a critério da Administração, poderá se dar de maneira direta, pelo próprio ente contratante, ou indireta, por meio de instituição contratada especialmente para tal fim. Observe-se que, neste último caso, a contratação de serviços de realização do concurso público deverá ser precedida, em regra, de prévio processo licitatório. Incide neste ponto, no entanto, a hipótese de dispensa instituída pelo art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, que refere-se a “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”.

Consoante estas disposições, a delegação da realização do concurso público à instituição privada, em virtude da necessidade de prévia licitação, da formulação de contrato administrativo, da cobrança de tarifas (taxas de inscrição) dos usuários e de tratar-se de execução de serviço público com fim determinado, se dará mediante concessão. Neste sentido cabe recordarmos o conceito deste instituto, dentre os quais reputamos mais completo o formulado por Gasparini (2008, p. 365):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e

exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada.

Com efeito, a Lei nº 8.987/95 considera a concessão de serviço público como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Assim, não há que se negar a natureza de concessão à delegação feita pela Administração Pública à Instituição privada da execução de concurso público.

Adite-se que, ainda que a execução dos concursos públicos seja de forma indireta, inclusive por meio de delegação à entidade integrante da Administração Pública, não se retira desta a prerrogativa de estabelecer condições gerais e exigências mínimas para o exercício do cargo ou emprego objeto da concorrência. Conferir a execução dos concursos públicos à outra entidade não significa transferir a competência para dispor sobre as atribuições, exigências e requisitos dos cargos públicos e, sim, resulta em incumbência para a elaboração, execução e correção das provas com base em critérios previamente estabelecidos, sob pena de caracterizar-se desvio de finalidade.

Por fim, a etapa interna passa ainda pela fase de constituição da Banca Examinadora, à qual caberá o encaminhamento do certame, com a elaboração do Edital, realização das provas e entrega do resultado. É de bom alvitre recordar que, nas hipóteses de realização indireta dos concursos públicos, a constituição da Banca Examinadora se consuma desde a delegação, diferentemente da execução direta, onde será necessária a devida constituição. Este passo justifica-se pela necessidade de se criar órgãos colegiados dotados de ampla autonomia administrativa, técnica e científica para execução de atividades relacionadas à seleção e recrutamento de pessoal, sem a interferência de entidades diretamente interessadas no concurso.

A constituição da Banca, haja vista sua natureza de ato preparatório do processo seletivo, deverá guardar consonância com os princípios atinentes à Administração Pública. Obviamente que o concurso público seria de absoluta

inutilidade no caso de inexistir a imparcialidade da Banca Examinadora. Neste contexto, há situações que determinam a impossibilidade subjetiva de participação neste órgão colegiado. São as hipóteses de suspeição (de natureza relativa) e impedimento (de natureza absoluta). Ferraz e Dallari (2003, p. 108) comentam a respeito das notas distintivas destes dois institutos da forma que se segue:

Classicamente, a doutrina e as leis têm dado um tratamento de maior severidade aos impedimentos que à suspeição. E não é difícil discernir a razão da diferença: nos impedimentos o que temos são circunstâncias objetivas, situadas no campo do empírico, capazes de, somente por si mesmas, toldar a imparcialidade do julgador. Já na suspeição o obstáculo radica-se muito mais na seara das avaliações subjetivas e, dependendo do psiquismo do agente, poderá não o influenciar, minimamente que seja, na dirimência da controvérsia.

Com efeito, as causas de impedimento remetem a total impossibilidade de determinado membro compor a Banca Examinadora em razão de situações que ensejariam, com certeza absoluta, o julgamento parcial e pessoal dos critérios de correção aplicáveis a algum, ou alguns, candidatos em detrimento dos demais, devendo, por este motivo, ser reconhecidas de ofício pela Administração Pública, sem qualquer margem de discricionariedade. Já as causas de suspeição remetem a situações que, embora possam vir a interferir no julgamento final, são passíveis de exclusão pelo simples intelecto do avaliador, em razão do que devem ser objetivamente comprovadas.

É imperioso que os Editais observem prazo e oportunidade para os candidatos argüirem tais hipóteses de suspeição ou impedimento. No entanto, ainda que não previstos nesta via, o ato de constituição da Banca Examinadora é passível de controle, seja no âmbito interno, seja através do Poder Judiciário, uma vez que, caracterizadas a suspeição ou o impedimento, restará violada frontalmente a imparcialidade concursal, em atentado direto aos princípios da eficiência, moralidade e impessoalidade.

Ademais, indispensável também a devida publicidade do ato de constituição da Banca Examinadora, mormente em atenção ao disposto no art. 37 da Carta Magna. Deve ser assegurado aos candidatos nos concursos públicos o prévio conhecimento dos responsáveis pela realização do certame, sob pena de atentado à transparência administrativa e de impossibilitar a

aferição da capacidade subjetiva dos seus membros, a fim de detectar-se eventual suspeição ou impedimento.

2.6.2. Etapa Externa

A etapa externa do Concurso Público se inicia com a publicação do correspondente Edital e se estende até a homologação do resultado final pela autoridade competente. O presente tópico visa esclarecer as noções primordiais acerca do caminho percorrido pelos candidatos e pela Administração Pública durante esta fase, visando à preparação para o ato consumativo de provimento de cargos ou empregos públicos vagos. A importância deste tema advém da necessária análise dos aspectos administrativos de cada momento a fim de se saber a medida que poderá ter a intervenção jurisdicional.

É certo que os concursos públicos não apresentam procedimento uniforme, uma vez que devem amoldar-se às exigências dos cargos e empregos públicos aos quais se destinam. Contudo, alguns elementos são essenciais ao seu regular trâmite, por integrarem sua natureza concorrencial e pública. Desta forma, serão abordados neste item os elementos comuns a todos os certames seletivos, quais sejam: o Edital, a inscrição, a realização das provas e a homologação do resultado final.

Advirta-se que a garantia aos recursos administrativos, embora deva ser obrigatoriamente respeitada, integrando também fase necessária no procedimento dos concursos públicos, será analisada individual e oportunamente, em razão de sua importância dentro da abordagem temática que se pretende dar ao presente trabalho.

2.6.2.1. Edital

Embora seja corriqueiro o uso das expressões “edital de convocação” ou “edital de abertura” para designar o instrumento externador dos concursos públicos, estas definições são incompletas, uma vez que fazem menção a apenas uma das suas funções. O Edital, pois, além de convocar os indivíduos a concorrer e dar ciência à coletividade da existência de cargos vagos a serem

ocupados na Administração Pública, destina-se também a estabelecer as regras aplicáveis ao processo seletivo.

De igual modo, a assertiva doutrinária de que o Edital exaure a discricionariedade da Administração Pública durante o processo seletivo deve ser lida com ressalvas. Com efeito, em outros tipos de procedimento concorrencial, a exemplo do licitatório, os critérios de seleção devem estar completamente discriminados no Edital. Entretanto, os concursos públicos possuem uma característica intrínseca que o diferencia dos demais procedimentos. Isso porque ainda restará à Banca Examinadora a discricionariedade para a elaboração das provas, especialmente as de conhecimento, que exigem sigilo quanto às questões formuladas. Por óbvio, não seria admissível que o Edital trouxesse previamente expostas as provas de conhecimento, advindo daí a discricionariedade da Administração.

Note-se que aqui não se está defendendo que a Banca Examinadora terá a liberdade de inquirir os candidatos sobre conteúdo diverso daquele previsto no Edital. O que defendemos é que a só publicação do Edital não exaure a discricionariedade da Administração durante o certame, uma vez que a esta ainda será dada a oportunidade de escolher, dentre as temáticas ali contidas, as que mais se adéquam à aferição da capacidade dos candidatos.

No que tange aos demais critérios, as normas contidas no Edital visam exaurir quaisquer práticas discricionárias futuras da Banca Examinadora, de maneira a vincular igualmente Administração e candidatos. No caso de restar alguma margem de discricionariedade, deverá limitar-se aos atos que não poderiam ser previstos no Edital, como a seleção das questões objetivas, escritas e orais, conforme já explicitado. Neste íterim, a Administração Pública, no uso de seu poder discricionário fará constar no Edital todas as disposições acerca do procedimento a ser adotado, a exemplo dos prazos para inscrição, recursos administrativos, as datas para realização das provas, os critérios de pontuação, etc., de modo que, após sua publicação, ficará adstrito a tais regras. Neste sentido é o ensinamento de Rocha (2006, p. 57):

Não basta, todavia, que o Edital contenha os critérios de avaliação dos candidatos. É imperioso que descreva, de forma minudente e exaustiva, a forma de avaliação e pontuação atribuída a cada critério. Isto porque, após a publicação do Edital, não pode restar ao

Administrador qualquer margem de discricionariedade que pudesse ter sido exaurida no momento de sua elaboração.

Como não poderia ser diferente, o lançamento do Edital, enquanto ato administrativo, deve ser revestido de ampla divulgação, uma vez que suas disposições são passíveis de impugnação, seja na via administrativa, em vista do “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal), seja na judicial, por intermédio dos instrumentos jurídicos de controle que serão objeto de nosso estudo em momento oportuno.

Após a publicação do Edital admitir-se-á sua modificação em razão do direito/dever da Administração de rever seus atos. Contudo, dita modificação haverá de preencher os requisitos da motivação, da irretroatividade, da anterioridade, da ampla divulgação e da formalidade.

A motivação, em verdade, trata-se de um requisito de validade dos atos administrativos. Por meio desta será possível verificar-se a existência e a relevância dos motivos, bem como a adequação da medida adotada pela Administração. Decorre diretamente do dever dos agentes administrativos “prestarem conta” de seus atos ao povo, verdadeiro titular do interesse público que representam. Assim, a alteração do Edital deve ser devidamente motivada, em virtude da vinculação que impõe à Administração e candidatos.

O requisito da irretroatividade determina que a modificação do Edital somente poderá trazer implicações sobre atos ou fatos futuros, em respeito à segurança jurídica instituída na relação Administração/administrados. Isto quer dizer que quaisquer modificações editalícias não retroagirão para interferir em situações já consumadas. A título de exemplo podemos citar a impossibilidade de alteração nos critérios de correção de provas posteriormente à realização destas.

A anterioridade, por sua vez, exige que a alteração do edital se efetive de maneira a assegurar aos candidatos um período de tempo mínimo e suficiente para que se adaptem às novas condições. Guarda consonância direta com o princípio da razoabilidade.

Por fim, os requisitos da publicidade e da formalidade referem-se ao instrumento por meio do qual se dará a modificação do Edital originário. Ora, desnecessário afirmar-se que a alteração do Edital, igualmente ao seu

lançamento, deve estar revestida de ampla divulgação, uma vez que pode acarretar prejuízos de variada monta aos candidatos já inscritos, ou até mesmo àqueles que não lograram inscrever-se justamente em decorrência do ponto alvo de modificação. Quanto à formalidade, imprescindível que se faça a modificação pelo mesmo meio no qual foi inicialmente divulgada a abertura do concurso, ou seja, através do Diário Oficial.

2.6.2.2. Inscrições

A plena compreensão do conceito de inscrição demanda a prévia análise das implicações de tal ato. De fato, doutrinariamente há certa confusão quanto aos efeitos decorrentes da inscrição dos candidatos. O cerne da questão reside em determinar se tal ato gera, de plano, o direito à participação no certame, bem como se resulta em aceitação das regras impostas no Edital.

Analisando a primeira questão, temos que o simples fato de inscrever-se em um concurso público não garante ao indivíduo o direito à participação no mesmo. Implica, tão-somente, em declaração voluntária de que deseja concorrer. Isso porque a efetiva participação está condicionada ainda à homologação da inscrição pela autoridade administrativa competente, a partir da qual adquirir-se-á o status de candidato no concurso público. Assim, tem-se que a inscrição é o momento oportuno para o candidato demonstrar sua qualificação para concorrer ao cargo.

Em verdade, em atenção ao princípio da eficiência administrativa, o candidato deverá apresentar, no ato da inscrição, condições mínimas que levem a presumir que, eventualmente nomeado, poderá ser investido no cargo público objeto do certame. Em outros termos, deverão ser excluídos apenas os candidatos que, ainda que transcorrido o prazo de validade do certame, não reunirão as condições necessárias para assumir o cargo.

Note-se que aqui não se está defendendo a necessidade de que o candidato detenha, já neste primeiro momento, todos os requisitos para a investidura. O que é necessário é que apresente as condições mínimas para concorrer ao cargo.

Neste contexto, imaginemos um caso de concurso público para provimento do cargo de Juiz Federal, para o qual se exige, além do

bacharelado em direito, três anos de experiência forense. Nesta hipótese será inadmissível a participação de candidato que sequer esteja cursando a faculdade de direito, uma vez que, ainda que o certame se estendesse pelo prazo máximo admissível de quatro anos, não seria possível a conclusão de curso de nível superior e ainda a contagem de mais três anos de prática durante aquele prazo. Também neste sentido é o entendimento de Maia e Queiroz (2007, p.100), que citam com perfeição o seguinte exemplo:

Imagine-se outra situação: os direitos políticos de determinada pessoa foram suspensos por oito anos em virtude de sentença judicial passada em julgado. Obviamente, nesse caso, não seria possível aceitar a inscrição de tal pessoa em concurso público, porquanto jamais implementaria o requisito “gozo dos direitos políticos” por ocasião da investidura. O mesmo não sucederia, nesse caso, se o remanescente da pena não compromettesse o implemento de tal condição no momento da posse no cargo público.

Igualmente, não se afigura arbitrária a exigência, pela Administração Pública, de que os candidatos, no ato da inscrição, ou em quaisquer outras fases procedimentais, preencham certas qualificações ou condições necessárias à própria realização das provas, como ocorre, por exemplo, com a exigência de carteira de habilitação para candidatos que concorram ao cargo de motorista. Assim, a inscrição ficará condicionada à homologação pela autoridade competente, devendo esta acatar as inscrições de candidatos que, muito provavelmente, virão a preencher os requisitos legais para assumir os cargos ou empregos públicos.

Registre-se que o indeferimento de inscrição supramencionado haverá de ser devidamente motivado, por força do que restou determinado na Súmula nº 684 do Colendo Supremo Tribunal Federal, que firmou o entendimento de que “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”.

Ademais, é facultada à Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, e em razão de critérios pautados na necessidade, adequação, oportunidade e conveniência, a desistência na realização do concurso público⁵,

⁵ Segundo a lição de Hely Lopes de Meirelles, (2003, p. 414), “os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem o direito à realização do concurso na época e nas condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante, ou após sua realização. E assim é porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito, que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas.

em qualquer momento. Neste sentido a lição de Carvalho Filho (2005, p. 488), para quem a inscrição “não gera para o interessado direito à realização do concurso. Havendo razões de interesse administrativo, pode a Administração desistir de realizá-lo, cabendo-lhe, todavia, devolver aos já inscritos eventuais importâncias pagas a título de inscrição”.

Com base no acima exposto, exaure-se o debate sobre a primeira questão suscitada com a conclusão de que ato de inscrição não garante ao candidato o direito à participação no concurso público, ficando condicionada esta à homologação pela autoridade competente bem como à efetiva execução do certame pela Administração Pública.

Outrossim, a inscrição também não resulta em declaração de aceitação, pelo candidato, das regras contidas no Edital. De igual modo, em virtude de tratar-se de mera adesão, não representa renúncia ao direito de contestar os termos do Edital, seja judicial ou administrativamente, ainda que conste expressa previsão na ficha de inscrição. Esta ilação deriva da garantia ao recurso administrativo, que será tema abordado mais adiante no presente trabalho (v. item 6.2.4.), assim como do livre acesso ao Poder Judiciário em sede de apreciação de lesão ou ameaça a direito, conforme determinado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Assim sendo, pode-se conceituar a inscrição como sendo o ato pelo qual o indivíduo manifesta sua intenção de participar do concurso público, através do fornecimento de dados que o identifiquem suficientemente, e que se convalida com a homologação da autoridade competente, não implicando em aceitação das normas contidas no Edital, passíveis de questionamento na via administrativa ou judicial.

Outra questão que se reveste de extrema importância remete à cobrança da taxa de inscrição. Como se sabe, a execução dos concursos públicos, de maneira direta ou indireta, envolve gastos de natureza remuneratória, uma vez que carece da atividade humana (como na elaboração das questões e dos correspondentes gabaritos, na fiscalização de provas, etc.), e de natureza material (impressão das provas e cadernos de respostas, manutenção de aparelhos de correção eletrônica, etc.). Em decorrência destes encargos são instituídas as taxas de inscrição.

Tais taxas, embora se assemelhem àquelas contempladas no art. 145, II, da Constituição Federal e no art. 77 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), com elas não se confundem, uma vez que não apresentam alguns dos elementos que as qualificariam como tributo, nos termos do art. 3º do diploma tributário, a seguir transcrito:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Com apoio nesta definição trazida pelo Código Tributário, temos que, para se caracterizar como tributo, a prestação há de ser pecuniária, compulsória, instituída em lei, cobrada mediante atividade vinculada da Administração Pública, e não deve constituir sanção de ato ilícito.

Alguns dos elementos presentes na definição de tributo são aplicáveis às taxas de inscrição, mas não suficientes para caracterizá-las como tal. Nesse sentido, não nos restam dúvidas de que a taxa de inscrição deve ser cobrada em moeda corrente, e não mediante pagamento *in natura*. Da mesma forma, a realização de um concurso público, sob qualquer hipótese, constituirá ato ilícito, em razão do que se exclui o caráter punitivo das taxas de inscrição.

Para além destes, é preciso reconhecer que as taxas cobradas em concursos públicos possuem também o requisito da compulsoriedade, tendo em vista que devem ser pagas independentemente da vontade do candidato. Ressalte-se que aqui não se defende a obrigatoriedade da cobrança da taxa de inscrição, mas, sim, a obrigatoriedade de pagamento desta, pelo candidato, quando exigida, ressalvadas, por óbvio, as hipóteses de isenção.

Com efeito, no âmbito da União, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 11, estabelece que a inscrição do candidato em concurso público fica condicionada “ao pagamento do valor fixado no Edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas”. Daí infere-se que a taxa de inscrição não será exigida para a realização de todos os concursos públicos federais, a não ser quando não seja viável sua realização sem a cobrança daquelas. A inexigibilidade das taxas é a regra. A

cobrança é exceção. Tanto é assim que deverá ser devidamente justificada pela Administração na etapa interna do procedimento.

Quanto à compulsoriedade, cabe ainda frisar que, em atenção aos princípios da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos, expressos no texto constitucional, é admissível e, por que não dizer, obrigatória, a concessão de isenção no pagamento das taxas de inscrição àqueles que comprovarem não possuir recursos suficientes para prover tais valores. Admitir-se a extensão da obrigatoriedade de pagamento das referidas taxas à coletividade, indistintamente, seria impedir o acesso dos hipossuficientes, em flagrante desrespeito aos princípios elencados. Nesse sentido posicionam-se Maia e Queiroz (2007, p. 97):

Entendemos que tal regra não contempla qualquer discricionariedade para a Administração, a qual sempre estará obrigada a contemplar os casos de isenção da taxa de inscrição do concurso público, em obséquio aos postulados fundamentais da igualdade e da razoabilidade.

O primeiro traço distintivo entre as taxas de inscrição e a prestação tributária está no requisito da instituição mediante lei. Só esta pode instituir tributo, consoante determinação constante do art. 150, inciso I, da Carta Magna, bem como no art. 97, inciso I, do Código Tributário Nacional. Em complementação a estas regras, Brito (2006, p. 81) nos informa o seu exato alcance, aduzindo que

Instituir um tributo não é apenas dizer que ele fica criado, ou instituído. Sua criação depende da definição da hipótese ou hipóteses em que o mesmo será devido, vale dizer, da definição da hipótese de incidência, dos sujeitos da obrigação correspondente, e ainda da indicação precisa dos elementos necessários ao conhecimento do valor a ser pago, vale dizer, da base de cálculo e da alíquota, bem como do prazo respectivo.

Os dispositivos supracitados devem ser entendidos em sentido estrito, de modo que, ainda com base nos ensinamentos de Hugo de Brito, a lei instituidora do tributo é, em princípio, a lei ordinária, embora se admita sua instituição por meio de lei complementar nos casos excepcionalmente previstos na Constituição. O fato é que, em qualquer dos casos há necessidade de instauração do correspondente processo legislativo, diferentemente das taxas

de inscrição, que são instituídas unicamente por meio de Edital. Não compete ao Poder Executivo a função legislativa, ainda mais quanto à instituição de tributos, de modo que se impõe reconhecermos a natureza não tributária das taxas de inscrição.

Demais disso, a cobrança dos referidos valores não implementa também o último requisito para caracterização do tributo, qual seja, a cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Explica-se: atividade vinculada é aquela em cujo desempenho a Administração Pública não goza de liberdade para apreciar a conveniência nem a oportunidade de agir. Ora, conforme já explicitado anteriormente, a Administração não está obrigada à cobrança das taxas de inscrição. Pelo contrário, sua cobrança deve ser realizada apenas nas hipóteses em que seja necessária ao custeio do concurso público, devendo ser feita de forma justificada.

Assim, mediante as considerações expostas, não vemos como ser atribuída natureza tributária às taxas de inscrição em concursos públicos, mas, sim, revestem-se de caráter meramente contraprestativo. Esse é o posicionamento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento firmado de que:

[...] a cobrança de taxa de inscrição não caracteriza exação ilegal, uma vez que os concursandos não são contribuintes nem a taxa de inscrição confunde-se com tributo, destinando-se esta apenas a custear os dispêndios da entidade responsável pela organização do concurso. (ROMS 13.858/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 22-09-2003, p. 385)

2.6.2.3 Realização das provas

A Administração utiliza-se do Concurso Público como instrumento destinado a selecionar os candidatos mais aptos ao desenvolvimento de suas funções. Assim, deverá adotar critérios de escolha que, na medida do possível, permitam aferir a maior afinidade entre o perfil do candidato e o conjunto de atribuições que lhe serão conferidas. Esta aferição, embora já se inicie, no mais das vezes, com o próprio lançamento do Edital, ao exigir determinados requisitos, tem seu ápice na etapa de realização das provas. Aqui serão postos à prova os conhecimentos, qualificações, capacidades físicas e psicológicas

dos candidatos de modo a selecionar os que melhor se portarem diante dos critérios de avaliação aplicados.

Frise-se que, inobstante outras fases do processo seletivo admitam a realização por procurador legalmente habilitado, como é o caso das inscrições, a realização das provas, por óbvio, é ato *intuitu personae*, tendo em vista que é imprescindível que o próprio concorrente demonstre as condições individuais para assumir o cargo ou emprego público.

Neste contexto, costuma-se classificar as provas quanto a sua natureza, quanto ao carácter excludente e quanto ao objeto de avaliação. A seguir traçaremos os parâmetros classificatórios e diferenciadores, com vistas a determinar as eventuais hipóteses de controle administrativo ou jurisdicional.

Quanto à natureza, as provas de concursos públicos podem ser escritas (objetivas, discursivas/dissertativas e mistas), orais, de capacidade psicotécnica, práticas e de títulos. Este critério utiliza como elemento diferenciador a forma de avaliação aplicada aos concorrentes. Se escrita, visa aferir o conhecimento adquirido pelo concorrente através do que constar na folha de respostas por ele preenchida. Neste ponto, subdividem-se em objetivas, nas quais os candidatos devem julgar assertivas estabelecidas pela Banca Examinadora; discursivas, nas quais os candidatos redigirão respostas aos questionamentos formulados; e mistas, que consistem na reunião destas duas modalidades.

Com relação à presença, ou não, de carácter excludente, as provas de concursos públicos subdividem-se em eliminatórias, classificatórias e complexas. Diversamente das demais classificações, esta apresenta implicações diretas no resultado dos certames. Por eliminatórias devem ser entendidas as provas que resultam em aprovação para a fase seguinte ou em exclusão do candidato do certame. Classificatórias, por sua vez, são as avaliações que servem apenas ao intuito de posicionar os candidatos em ordem de melhor pontuação. Por fim, as complexas remetem às avaliações que apresentam carácter híbrido, ou seja, tanto servem ao fim eliminatório quanto ao classificatório.

Por fim, quanto ao objeto de avaliação as provas classificam-se em provas de conhecimento (escritas e orais), de habilidade específica (provas práticas), físico-orgânicas (capacidade física), de aptidão psicológica (provas

psicotécnicas) e culturais (provas de títulos). Note-se que o critério aqui utilizado não se confunde com o da primeira classificação apresentada. Aqui se delimita qual será a virtude dos candidatos que estará sob análise, se o conhecimento, a capacidade física, a titulação, etc.

Outra questão que urge analisarmos é a do prazo mínimo para a realização das provas. É que, não raro, vem se verificando regras editalícias iníquas e contempladoras de prazos manifestamente inadequados para uma preparação mínima dos candidatos, comprometendo a competitividade do certame e a eficiência administrativa.

Com efeito, a inércia legislativa em disciplinar o procedimento concursal causa grande alarido doutrinário e na própria seara da Administração quanto ao prazo a ser respeitado em sede de realização de provas de concursos públicos. Restou assentado, contudo, o entendimento de que, em razão da proximidade entre os institutos dos concursos públicos e do processo licitatório, o prazo mínimo entre a publicação do Edital e a realização das provas deve seguir, analogicamente, aquele previsto para a modalidade de licitação concurso, que é de 45 (quarenta e cinco) dias, nos termos do art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

2.6.2.4 Homologação do Concurso Público

Posteriormente à realização e correção das provas, com a atribuição das notas aos candidatos e a correspondente classificação, com base no critério da maior pontuação, e ainda após as decisões definitivas sobre os recursos administrativos interpostos por candidatos que pretendam impugnar quaisquer das fases anteriormente explicitadas, proceder-se-á à conclusão do certame, com a elaboração do Resultado Final, findando aqui as atividades da Banca Examinadora.

Contudo, embora exauridas as atividades da Banca Examinadora, ainda não se perfaz a conclusão do processo seletivo com a entrega do Resultado Final, uma vez que deverá ser submetido à deliberação da autoridade administrativa superior vinculada ao órgão ou entidade responsável para fins de homologação. Esta, por sua vez, é condição de eficácia do concurso público, por intermédio do qual a autoridade máxima do órgão ou entidade

verifica a legalidade e a regularidade do seu procedimento. Desta forma, enquanto não sobrevier o ato de homologação, o concurso público é ineficaz e insuscetível de produzir os efeitos para os quais se direcionou na esfera jurídica, notadamente a nomeação dos candidatos aprovados no certame.

Repise-se que a homologação não incide somente sobre o Resultado Final, como é de utilização difundida no campo de atuação da Administração Pública. A homologação, pois, destina-se à análise de todo o processo seletivo, fase por fase, com vistas a detectar eventuais irregularidades que impeçam a plena eficácia do certame. Coaduna-se com este posicionamento a lição de Meirelles (2003), para quem o simples ato de controle não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem a praticou.

Desta feita, se a autoridade administrativa competente verificar a ocorrência de algum vício sanável deverá determinar, de ofício, a correção pela Banca Examinadora. D'outra banda, no caso de vislumbrar vício de ilegalidade insanável, decretará a nulidade ou a revogação, diante da superveniência de fato atentatório ao interesse público, conforme se verá mais adiante, quando do estudo sobre as hipóteses de desconstituição dos atos administrativos.

O fato é que, a homologação do concurso público, por si só, constitui uma espécie de controle efetuado pela Administração sobre seus próprios atos ou sobre atos de particulares, no caso de execução indireta do certame. Assim, dedicaremos o item seguinte à exclusiva análise deste controle que envolve a sua anulação, revogação e convalidação.

2.7 DO CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS CONCURSOS PÚBLICOS

É indiscutível que a Administração Pública, no exercício da função administrativa, goza de certas prerrogativas públicas fundamentadas nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Igualmente é inegável que o Poder Público como um todo, incluindo-se aí as funções Legislativa e Jurisdicional, se sujeita ao controle de suas atividades. Destarte, não se concebe um Estado Democrático de Direito onde tais funções sejam absolutamente isentas de espécies de controle efetivo, eficazes e

materiais, capazes de preservar a ordem jurídica e o exercício da regular democracia.

A concepção de controle dos atos da Administração Pública remonta à própria concepção contemporânea do Estado de Direito, na medida em que seria um meio capaz de garantir o respeito à Constituição e aos direitos dos cidadãos oponíveis às atividades estatais. Assim, o controle administrativo consiste no dever de fiscalização, correção e orientação da atuação dos agentes públicos no exercício de suas funções, tendo por intuito adequar as ações administrativas ao ordenamento jurídico vigente.

O sistema constitucional estabelece dois tipos de controle da atividade administrativa. O primeiro destes é o controle interno (ou administrativo), que decorre do princípio da autotutela, constitucionalmente implícito, mas expresso no art. 53 da Lei 9.784/99, através do qual se impõe à autoridade competente o dever de analisar a conveniência, oportunidade e legalidade dos seus próprios atos. O outro controle é externo, e exercido pelo Poder Judiciário sobre atos praticados pela Administração Pública.

Dentro deste contexto, interessa-nos, por ora, analisar a possibilidade de controle sobre os atos procedimentais dos concursos públicos no âmbito interno da Administração. Saliente-se que, ao mencionarmos o termo Administração, não nos referimos especificamente à atuação do Poder Executivo, mas, sim, aos atos administrativos praticados pelas autoridades integrantes de quaisquer dos três Poderes, ainda que em desempenho de função atípica.

O controle administrativo dos concursos públicos deve ser iniciado já em sua etapa interna, onde se examinarão os aspectos orçamentários, financeiros, técnicos e políticos. Nesta fase é importante delimitar-se a natureza do órgão ou entidade responsável pela deflagração do concurso público, a fim de determinar-se qual a espécie de controle admitida, tutela ou autotutela administrativa. Se não, vejamos:

Tutela é o poder de controle finalístico dos atos das entidades da Administração Indireta pelos órgãos centrais da Administração Direta. Em última análise, funda-se no controle da conveniência e adequação dos atos praticados pelos órgãos e entidades da Administração Indireta sob a égide da discricionariedade.

Já a autotutela administrativa reza que a Administração Pública tem o poder-dever de controlar seus próprios atos, revendo-os e anulando-os quando houverem sido praticados com alguma ilegalidade. Dessa forma, a autotutela funda-se no princípio da legalidade administrativa: se a Administração Pública só pode agir dentro da legalidade, é de se considerar que os atos administrativos ilegais devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico. Assim sendo, a autotutela abrange o poder de anular, convalidar e, ainda, o poder de revogar atos administrativos, conforme expresso no art. 53 da Lei nº 9.784/99, assim como na Súmula nº 473 do STF, a seguir colacionados, *in verbis*:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

STF Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁶

Neste diapasão, o controle administrativo durante a etapa interna dos concursos públicos deflagrados por entidade integrante da Administração Indireta dar-se-á mediante exercício da tutela administrativa, por órgãos autônomos da Administração Direta, hipótese em que se realizará um controle de caráter finalístico. Ressalte-se ainda que nesta hipótese também incidirá a autotutela, uma vez que os órgãos da administração indireta submetem-se igualmente à fiscalização por seus órgãos internos. Já a autotutela ocorrerá nos casos de concursos públicos deflagrados por órgão da Administração Central, por meio de um controle genuinamente hierárquico.

A etapa externa dos concursos públicos, por seu turno, em razão do surgimento de dois novos centros de vontade, quais sejam, a Banca Examinadora e os concorrentes, adquire uma dimensão técnico-científica, própria de um processo competitivo e seletivo. A partir desta etapa o procedimento torna-se plúrimo, ou seja, dotado de multifárias relações

⁶ Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473, de 03/12/1969. Publicações: DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437.

jurídicas, nascidas do vínculo de cada candidato com a Administração Pública, acarretando implicações de natureza prática, haja vista que as eventuais nulidades podem atingir todo o procedimento, ou apenas algumas relações jurídicas que compõem sua estrutura.

Conforme já foi salientado, na fase de homologação do concurso público a autoridade competente procederá ao controle de mérito e de legalidade de todo o processo seletivo. O controle administrativo, no entanto, deverá se estender por todas as etapas procedimentais, de modo a sanar, a qualquer momento, as eventuais nulidades surgidas. As hipóteses de invalidação ou anulação administrativa, da revogação, da convalidação e da confirmação dos atos administrativos serão objeto de estudo do capítulo seguinte.

2.7.1 Da garantia do Recurso Administrativo

O recurso administrativo é a via por intermédio da qual o interessado postula a revisão de determinado ato administrativo pela própria Administração Pública. Consiste, pois, num pedido de reanálise de decisão anteriormente proferida por agente administrativo, dirigido ao seu superior hierárquico imediato. Seus fundamentos encontram-se nas garantias constitucionais da ampla defesa e do direito de petição aos órgãos públicos, independentemente do pagamento de taxas, em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, previstos no art. 5º, incisos LV e XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal.

Em sede de concursos públicos, há de se respeitar sempre a possibilidade de impugnação, pelos candidatos, dos atos praticados pela Banca Examinadora. Assim, ainda que não haja previsão expressa no Edital sobre a oportunidade para o recurso administrativo, (prazo para sua interposição, termo inicial do mesmo, forma da peça impugnativa, meios de remessa, prazo para decisão, etc.) deve este ser assegurado aos candidatos, sob pena de violação às garantias constitucionais supracitadas. Em virtude desta inafastabilidade, impõe-se à Administração Pública o dever inescusável de pronunciar-se sobre o pleito do administrado

Os recursos devem ser interpostos com a devida motivação a fim de atingir duas finalidades distintas: em um primeiro momento, a motivação servirá

de fundamento para a decisão da autoridade administrativa de rever ou não seus atos, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista jurídico; por outra banda, serve ao desiderato do cidadão, uma vez que através desta adquire-se condições de apreciar a legalidade do ato administrativo e as conveniências de um recurso.

Quanto aos efeitos, os recursos administrativos, de uma maneira geral, podem ser recebidos com efeito devolutivo (a matéria já decidida é devolvida para revisão por autoridade hierarquicamente superior àquela que a proferiu em primeiro grau) ou suspensivo (suspende o andamento do processo seletivo e as consequências decorrentes do ato impugnado pelo recurso até a decisão em definitivo deste).

No que concerne aos Concursos Públicos, em decorrência da existência de relações plúrimas entre a Administração Pública e os diversos candidatos, o resultado dos recursos administrativos poderá repercutir diretamente sobre estas, causando prejuízos de variada monta aos concorrentes e ao próprio poder público. Assim é que, em sede de Concursos Públicos, os recursos administrativos interpostos por candidatos possuem efeito genuinamente suspensivo, visando sustar a ocorrência de eventuais danos de difícil ou incerta reparação.

Por fim, os recursos administrativos poderão ser interpostos com finalidades diversas, a depender do efeito que se queira provocar em relação ao ato administrativo impugnado. Desta forma, conforme já salientado anteriormente, dos recursos administrativos poderão resultar a anulação ou invalidação, revogação e a convalidação dos atos impugnados, temas estes que serão abordados no capítulo seguinte.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

O presente capítulo tem por objeto traçar linhas gerais acerca do controle efetuado pelo Poder Judiciário sobre os atos da esfera administrativa, com o escopo final de alicerçar o capítulo seguinte, para o qual serão

transplantados os conceitos ora expostos. Para tanto, buscar-se-á, em um primeiro momento, analisar a essência dos atos administrativos, desde os pressupostos básicos de constituição até a produção plena de seus efeitos para, ao final, passarmos ao estudo das hipóteses de sua desconstituição, dentre as quais está inserido o controle jurisdicional.

A teoria dos atos administrativos constitui o ponto central da disciplina Direito Administrativo sendo, por esta razão, aclamado o debate sobre a elaboração de um conceito uniforme. Como é comum a todos os institutos jurídicos, o estudo conceitual deve pautar-se na análise dos elementos básicos, o que servirá, de igual modo, para diferenciá-lo de outros institutos afins.

Cabe, de início, mencionar a conexão deste estudo com o exame dos atos jurídicos, típico das escolas de Direito Civil, mas que, em verdade, pertence à teoria geral do direito. Por ato jurídico deve entender-se todo evento emanado da vontade, do qual decorra efeito no mundo jurídico. Incluem-se nesta categoria todos os atos praticados com o fito de adquirir, resguardar, transmitir, modificar ou extinguir direitos. Sua conceituação baseia-se, pois, nos elementos vontade, objeto, sujeito e forma, também imanentes à figura do ato administrativo.

Os traços distintivos entre os atos praticados sob a égide do Direito Privado e os de Direito Público inserem-se, justamente, dentre estes elementos constitutivos, mais especificamente quanto ao sujeito e ao objeto. Explica-se: os atos administrativos pressupõem a existência de um sujeito com prerrogativas públicas e o objeto há de se adequar sempre ao interesse público. Temos, assim, que os atos administrativos são espécie do gênero ato jurídico, uma vez que constituídos fundamentalmente dos mesmos elementos informadores.

Destarte, podemos conceituar atos administrativos como a exteriorização da vontade da Administração Pública, ou de quem lhe faça às vezes, sob a égide de um regime de direito público, tendente a produzir efeitos jurídicos destinados à satisfação de determinado interesse público e passível de controle pelo Poder Judiciário. Tal definição aborda, pois, os principais elementos constitutivos dos atos administrativos, enquanto espécie dos atos jurídicos. Passemos à análise de tais pontos.

A exteriorização da vontade importa à definição de ato administrativo em razão da premente necessidade de excluir-se o silêncio administrativo como uma de suas espécies. Em que pesem as opiniões doutrinárias em sentido contrário, a nosso ver o silêncio administrativo não deve ser tido como prática de ato pela Administração Pública. É bem verdade que a omissão desta, não raro, resulta na produção de efeitos jurídicos. No entanto, no silêncio inexistente qualquer manifestação formal de vontade; não há, pois, qualquer declaração do agente sobre sua conduta. Ocorre, sim, um fato administrativo, que, igualmente ao ato administrativo, produz efeitos jurídicos, mas, independentemente de manifestação da Administração Pública.

O ato administrativo aperfeiçoa-se apenas quando praticado por sujeito capaz e competente. No âmbito do direito civil, a capacidade é atributo atinente aos entes com personalidade jurídica, titulares de direitos e deveres. Partindo-se desta idéia, pode-se dizer que a capacidade para a prática de atos administrativos pertence às pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). A competência, por sua vez, remete ao poder de praticar o ato, atribuído pela lei ao agente administrativo, de modo que, os atos praticados por indivíduos não dotados de tal atribuição funcional considerar-se-ão nulos. Neste sentido é o ensinamento de Carvalho Filho (2005, p. 81), para quem a caracterização do ato administrativo vincula-se à prática por Agentes da Administração ou delegatários, enquanto sujeitos cuja manifestação volitiva está vinculada à Administração Pública. Vejamos:

Agentes da Administração são todos aqueles que integram a estrutura funcional dos órgãos administrativos das pessoas federativas, em qualquer dos poderes, bem como os que pertencem aos quadros de pessoas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). O único pressuposto exigido para sua caracterização é que, no âmbito de sua competência, exerçam **função administrativa**. Estão, pois, excluídos os magistrados e os parlamentares, quando no exercício da função jurisdicional e legislativa, respectivamente; se, entretanto, estiverem desempenhando eventualmente função administrativa, também serão qualificados como agentes da Administração, para a prática de atos administrativos.

Os **agentes delegatários**, a seu turno, são aqueles que, embora não integrando a estrutura funcional da Administração Pública, receberam a incumbência de exercer, por delegação, função administrativa (**função delegada**). Resulta daí, por conseguinte, que, quando estiverem realmente no desempenho dessa função, tais pessoas estarão atuando na mesma condição dos agentes da Administração, estando, desse modo, aptas à produção de atos

administrativos. Estão nesse caso, para exemplificar, os agentes das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, e também os de pessoas vinculadas formalmente à Administração, como os serviços sociais autônomos (SESI, SENAI, etc.). Averte-se, porém, que, fora do exercício da função delegada, tais agentes praticam negócios e atos jurídicos próprios das pessoas de direito privado.

Analisando ainda o conceito de ato administrativo formulado, mencionamos que deve este ser praticado sob a égide de um regime jurídico de direito público. Com isso, quis dizer-se que os atos desta espécie estão sujeitos a regras e princípios jurídicos não aplicáveis aos atos regulados pelo direito privado. De outro modo não poderíamos entender, uma vez que os atos da Administração são dotados de prerrogativas especiais decorrentes do interesse público a ser alcançado. Note-se, contudo, que o simples fato de ser o ato praticado com a finalidade de atender a demandas sociais não resta por caracterizá-lo como ato administrativo, justamente por não reger-se pelo direito público. Assim, não se incluem na categoria de atos administrativos aqueles praticados por entidades de caráter assistencial, uma vez que regidos pelo direito privado.

O último elemento constante da definição formulada remete à possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos. Em virtude da importância evidente de tal debate dentro da temática alvo do presente trabalho, dedicaremos tópico exclusivo para seu perfeito intelecto, bastando, por ora, os breves esclarecimentos já esposados acerca do conceito de ato administrativo.

3.2 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO COMO FATORES INFLUENTES NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O Poder Público, no exercício da função administrativa, pode ter sua liberdade de conduta disciplinada legalmente de maneira mais ou menos rígida. Neste ponto, distinguem-se os atos administrativos em discricionários e vinculados. A diferenciação entre estas duas modalidades torna-se imprescindível ao estudo do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública e, conseqüentemente, daqueles praticados no âmbito dos Concursos Públicos.

Atos vinculados são aqueles em que a Administração Pública deve agir em estrito cumprimento à tipificação legal objetiva, como único comportamento admissível. A lei fixa todos os passos da conduta administrativa sem deixar margens para o arbítrio dos administradores. Não são cabíveis, pois, quaisquer manifestações subjetivas. Já os atos discricionários, pelo contrário, são aqueles em que a lei oferece certa margem de liberdade para análise da conveniência e oportunidade de sua prática pela Administração Pública em face das circunstâncias concretas do caso. Aqui se impõe o dever/faculdade da Administração de utilizar critérios próprios para avaliar ou decidir a melhor alternativa para a satisfação do interesse público.

O fundamento para tal distinção reside na impossibilidade do legislador prever todas as situações em que haverá a Administração Pública de interferir. Por outro lado, a distância entre o legislador e o caso concreto impede a perfeita visualização da conveniência e da oportunidade para a prática dos atos administrativos, resultando daí a incerteza sobre a sua eficácia, ainda que fundados estes integralmente na lei. Nesse sentido, aliás, é o lúcido ensinamento Di Pietro (2003, p. 206), a seguir transcrito:

[...] a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.

Note-se, entretanto, que a discricionariedade não se constitui como uma total autonomia do administrador perante a lei. Torna-se necessário, assim, analisarmos os aspectos em que a Administração Pública estará ou não vinculada àquela. A referida análise passa necessariamente pelos elementos constituintes do ato administrativo (sujeito, forma, finalidade, objeto e motivação), através dos quais se pode aferir a discricionariedade estendida ao administrador.

Quanto ao sujeito não há que se discutir sobre a discricionariedade ou vinculação, uma vez que, conforme já delineado, os atos administrativos

reputar-se-ão válidos tão-somente quando praticados por agente administrativo competente para tanto. Assim, a prática dos atos administrativos está diretamente vinculada à atribuição de competência legal. Já no que diz respeito aos elementos forma e finalidade, embora admitamos que exista a vinculação, algumas considerações merecem ser tecidas.

Diversamente do que ocorre no Direito Privado, onde vigora o princípio da liberdade das formas, no Direito Público a regra é a aplicação do princípio da solenidade. Este, por sua vez, decorre diretamente da finalidade dos atos administrativos, que devem estar voltados integralmente para o interesse público. Diante disso, como regra geral, tem-se que os atos administrativos devem assumir a forma escrita. Contudo, admite-se sua exteriorização por outros meios, como os gestos (no caso dos guardas de trânsito) ou sinais (semáforos e placas rodoviárias de sinalização).

A finalidade dos atos administrativos deve ser entendida em dois aspectos distintos: um amplo, que corresponde ao interesse público, e um restrito, que se refere ao fim específico que tal ato deve atingir. Este último será sempre vinculado, uma vez que os atos administrativos devem ser praticados para atingir os fins especificados em lei. Já no que diz respeito ao sentido amplo, a lei estende uma margem de discricionariedade para o administrador, vez que determina tão somente a satisfação do interesse público, competindo àquele o discernimento para aferir o momento oportuno para atingi-la. Aliás, é consonante com esse ensinamento a doutrina de Di Pietro (2003, p. 207), para quem a finalidade dos atos administrativos, em seu sentido mais amplo, é discricionária

[...] porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins serão alcançados, haverá discricionariedade administrativa.

A maior margem de discricionariedade na prática dos atos administrativos reside, sem dúvidas, nos elementos motivo e objeto, seja pela necessária interligação entre ambos, seja pela impossibilidade de previsão legislativa acerca de todas as situações em que se exija a intervenção da Administração Pública. Com efeito, a manifestação de vontade da

Administração Pública está inevitavelmente ligada a fatores de natureza fática ou jurídica, de modo que não se concebe a prática de atos sem que se possa delimitar racionalmente a razão de ordem externa capaz de impulsioná-lo. Assim, o motivo, uma vez que antecede à prática do ato, pode ou não estar vinculado à lei.

Diz-se que haverá vinculação sempre que a lei previr clara, objetiva e concisamente o fato que ensejará a manifestação administrativa. Por outro lado, quando a lei não delinear a situação fática, mas, sim, transferir ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo, estaremos diante da discricionariedade. Mais uma vez não vemos como não invocar a doutrina de Di Pietro (2003, p. 208), que exemplifica com maestria as hipóteses de discricionariedade quanto ao motivo, da seguinte forma:

O motivo será discricionário quando: 1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração ad nuttum); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato; 2. a lei define o motivo utilizando definições vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar 'falta grave' ou 'procedimento irregular', sem definir em que consistem;

Note-se que, neste íterim, não devemos olvidar a aplicação da Teoria dos Motivos Dominantes, pela qual a validade dos atos está diretamente vinculada aos motivos indicados pelo Administrador como seu fundamento, de forma que, uma vez inexistentes, implicam a sua nulidade. O controle dos atos administrativos, no que concerne ao elemento motivo, pois, está adstrito tanto à adequação a lei, quanto a necessária adequação aos fundamentos alegados para sua prática.

Por fim, quanto ao objeto, a atividade administrativa será vinculada nas situações em que o Administrador tenha que se limitar à previsão legal. Do contrário, será discricionária quando restarem diversos resultados admitidos perante o ordenamento jurídico vigente a serem obtidos, a critério do agente. Repise-se que esta discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade. O agente que age sob esta conduta agride a ordem jurídica e, por conseguinte, seu ato será passível de correção judicial. Já na prática

discricionária, quando houver outorga legal para tanto, o agente simplesmente está cumprindo o dever legal de ajuizar o melhor resultado, dentre os admissíveis pelo direito.

Do exposto, conclui-se que a prática administrativa pode revestir-se de maior ou menor rigor legal, sendo este o fator preponderante para determinar-se a possibilidade de controle, seja através do Poder Judiciário, seja pela própria Administração Pública.

3.3 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

É princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, assegurado a nível constitucional, a inafastabilidade da jurisdição. Com efeito, reza o art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por este axioma, determina-se que nem mesmo a lei poderá excepcionar a análise jurisdicional dos atos que possam resultar em violação ou ameaça a direito, seja de quem provier.

Conforme restou assentado, a maior ou menor necessidade de vinculação dos atos administrativos à lei determinará a extensão do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário. Os atos vinculados, destarte, submeter-se-ão ao controle jurisdicional somente quando escaparem aos padrões da determinação legal, a fim de alcançar-se a sua completa adequação. O problema reside, pois, em aferir a conciliação entre a universalidade da jurisdição e o exercício do poder discricionário, conferido pela lei à Administração Pública.

A necessidade de um controle mais efetivo sobre os atos praticados sob a égide da discricionariedade remonta à margem de liberdade concedida pela lei ao agente para analisar o mérito administrativo na prática de seus atos, sopesando os critérios de conveniência e oportunidade para adotar a solução mais adequada à finalidade pública. Embora seja admitida tal liberalidade, a atuação do gestor não é absolutamente independente da vontade legal e, por conseguinte, do controle judicial.

Note-se que o simples fato de a lei comportar discricção na prática dos atos pela Administração Pública não significa que o caso concreto admita, também, esta discricionariedade. Situações haverá em que, inobstante haja

previsão *in abstracto* na norma de variadas medidas aplicáveis, apenas uma delas será admissível como propícia a atingir a finalidade pública. Nesses casos, pode-se afirmar que há discricionariedade assegurada a nível legal, mas não no caso concreto.

A explicação para tal fenômeno é óbvia, já que, se a lei fixa caminhos distintos a serem seguidos pelo administrador, é porque não foi capaz de prever qual a medida mais conveniente e oportuna a ser aplicada *in concreto*, competindo, desta forma, ao administrador o discernimento necessário para tanto. A variedade de soluções contidas na lei não pressupõe que todas elas sejam viáveis para atingir a finalidade dos atos administrativos, mas, sim, que dentre aquelas condutas haverá uma que sirva a tal desiderato.

Assim, para atingir-se a lisura do ato, não basta afirma-se que este foi praticado com fundamento na discricionariedade assegurada legalmente. Pelo contrário, é preciso que se constate também a adequação da conduta administrativa no caso concreto. Nesse sentido, aliás, é o precioso ensinamento de Mello (2003, p. 822), que delinea, com perfeição irretocável, a possibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito administrativo:

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício da discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstracto* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, a toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.

O albergue da discricionariedade ao administrador, pois, não é feito de maneira absoluta pela lei, nem tampouco deve escapar ao controle jurisdicional, persistindo, tão-somente, nos casos em que seja impossível reconhecer-se de maneira incontroversa qual a melhor conduta a ser adotada. Nos demais em que se possa estabelecê-la, a atuação administrativa estará vinculada.

Nestes termos, percebe-se que a discricionariedade caracteriza-se como espécie de poder demarcado que possui contornos impostos pela racionalidade.

D'outra banda, não se poderia conceber a sua natureza absoluta, notadamente por força de seu caráter infra-legal. Tudo aquilo que está abaixo da lei e a esta deve observância, por óbvio, não se reveste de autonomia. Assim, torna-se possível determinar os limites em que esta discricionariedade deve ser exercida.

A lei, ainda que o faça por meio de conceitos vagos ou imprecisos, almeja delimitar os motivos determinantes para a prática dos atos administrativos e a finalidade a ser atingida por estes. A atividade administrativa está, por excelência, subordinada ao cumprimento de interesses traçados fora do âmbito da Administração, vez que instituídos pelo Legislativo. Diante disso, ausentes os motivos ou não satisfeita a finalidade que justificou a atividade administrativa, tem-se que não restará atingida a adequação necessária entre o ato e a lei, resultando daí a invalidade.

Ao Poder Judiciário competirá, em última instância, averiguar se os atos administrativos praticados sob o fundamento da discricionariedade mantiveram a devida fidelidade à lei, investigando seu motivo e finalidade. É justamente nestes aspectos que é aferida a extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Ressalte-se que não se defende aqui a total interferência do Poder Judiciário na esfera de atribuições subjetivas conferidas à Administração Pública. O controle jurisdicional não elimina a discricionariedade administrativa, se limitando a aferir a adequação desta atividade às prescrições legais. Entender de modo diverso seria admitir-se a violação ao princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Carta Constitucional.

3.3.1 Exame do motivo

Já afirmamos anteriormente que o erro de direito, consistente na aplicação indevida da legislação pela Administração Pública, implicará, fatalmente, na correção do ato pelo Poder Judiciário. Contudo, não só nesta hipótese será o ato passível de correção. O erro de fato afigura-se, de igual

modo, autorizador da invalidação do ato administrativo. O exame dos motivos formadores da convicção do administrador, seja quanto à sua idoneidade, seja quanto à sua efetiva existência, não deve escapar do crivo jurisdicional.

O só fato de atuar o agente público revestido pela discricionariedade legal não indica que este, necessariamente, esteja atuando completamente livre de qualquer espécie de controle alheio à esfera da Administração Pública. Conforme já delineado neste trabalho, o motivo será discricionário quando a lei utilizar-se de expressões de cunho genérico, ou, simplesmente, quando não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração. Entretanto, a ocorrência de alguma destas situações que ensejem a discricionariedade dos motivos não faz presumir-se que o administrador tem o condão de reconstruir realidades ou criar situações. Ao invés disso, institui um dever para a Administração Pública de atuar sempre que necessário para assegurar os direitos e garantias individuais dos administrados.

Ao Judiciário competirá, pois, a investigação sobre qualquer comportamento administrativo que, sob o pretexto da discricção, ultrapasse as fronteiras dela, obstaculando e invalidando quaisquer práticas administrativas que transbordem os limites da discricionariedade que lhe é concedida. Assim, não foge à função jurisdicional o controle sobre o mérito administrativo que visa averiguar a adequação entre o enunciado legal e a situação concreta.

3.3.2 Exame da finalidade

O controle jurisdicional sobre a finalidade dos atos administrativos, por seu turno, implica na verificação do desvio de poder praticado pelos administradores. A discricionariedade presente neste elemento dos atos administrativos repercute diretamente no fim a ser atingido através do ato, impondo, por óbvio, a adequação do resultado auferido ao ordenamento jurídico vigente, de modo que, o agente público que se evade do fim almejado pela norma fundamentadora do ato incorrerá em desvio de finalidade.

Interessante frisarmos que o vício de finalidade deve ser verificado objetivamente. Não interessa à análise do mérito o *animus* do agente em atuar, ou não, deliberadamente no sentido de atingir fim diverso do previsto em lei. Aqui o que se deve observar é se o ato administrativo perseguiu o interesse

público ou se, em perseguindo o fim de interesse público, era o ato adequado a produzir tal resultado.

Ipsa facto, é perfeitamente admissível o controle jurisdicional sobre a finalidade dos atos administrativos, hipótese em que se tomará como referencial a finalidade normativa, contrapondo-a ao fim alcançado pela prática administrativa.

3.4 A EXTINÇÃO DOS ATOS ATRAVÉS DOS CONTROLES ADMINISTRATIVO E JURISDICIONAL

A atividade da Administração Pública está sujeita a um duplo controle: um administrativo e outro judicial. Pelo primeiro, a própria Administração, no exercício da autotutela, examina seus atos e comportamentos no que concerne ao mérito e à legalidade, mediante provocação ou espontaneamente. Já o controle jurisdicional, que visa adequar a conduta administrativa às prescrições legais, podendo, em determinadas hipóteses, estender-se sobre o mérito administrativo, conforme restou acima especificado, somente se dará através de prévia provocação, em decorrência do princípio da inércia do Poder Judiciário, assentado no ordenamento jurídico pátrio.

O certo é que, do exercício destas modalidades de controle poderão resultar a anulação (ou invalidação), a revogação e a convalidação dos atos administrativos. Esse é, aliás, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, cristalizado na Súmula nº 473, já transcrita.

De pronto, é válido frisar que não interessa ao presente trabalho a análise de todas as modalidades de extinção dos atos administrativos, em razão do que nos deteremos a traçar as linhas básicas daquelas que decorrem diretamente dos controles administrativo e jurisdicional. Desta forma, não serão aqui explanadas as extinções ocasionadas pelo exaurimento dos efeitos do ato administrativo ou pelo desaparecimento do sujeito ou do objeto, vez que, nestas modalidades, a extinção independe de qualquer forma de controle.

Igualmente dispensável é a avaliação da extinção dos atos ineficazes, vez que os atos desta espécie sequer produzem seus efeitos enquanto não implementadas condições futuras. Explica-se: atos ineficazes são aqueles que exigem a ocorrência de um *termo* (data certa para o início ou extinção da

eficácia), *condição* (evento futuro confere eficácia ao ato) ou de um ato de controle (aprovação, homologação) para a perfeita produção dos efeitos a que se destinou.

Excluídas estas hipóteses nos resta avaliar as modalidades de extinção que atingem os atos eficazes e que decorrem diretamente do controle efetuado pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, que são a revogação e a anulação (ou invalidação).

3.4.1 Anulação

A anulação ou invalidação dos atos administrativos consiste no seu desfazimento em decorrência da ilegalidade. O ato aqui atacado é inválido, porquanto foi editado em desconformidade com o ordenamento jurídico. Assim, poderá ser extinto tanto pela própria Administração Pública, com base em seu poder de autotutela, consagrado pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Poder Judiciário.

Esta modalidade de extinção dos atos administrativos tem como fundamento, quando praticada pela Administração Pública, o dever de obediência ao princípio da legalidade. Quando praticado pelo Poder Judiciário, funda-se na própria função jurisdicional, destinada a “dizer o direito” no caso concreto.

Em decorrência da ilegalidade inculpada nos atos administrativos atacados pela anulação, é imperioso concluir-se que esta possuirá sempre efeitos retroativos, fulminando o ato desde seu nascedouro. Possui, desta forma, efeitos *ex tunc*. Tal conclusão é óbvia, vez que, ilegal o ato, torna-se imprestável juridicamente, devendo-se restaurar a situação vigente anteriormente à sua edição.

Neste ponto, muito se discute a nível doutrinário se a anulação dos atos administrativos possui caráter vinculante ou discricionário para a Administração Pública. Tal debate decorre do fato de que, na prática, em variadas situações o ato ilegal poderá ser apto a constituir situações jurídicas cujo desfazimento traga maior prejuízo ao interesse público do que a sua manutenção. Os que defendem a obrigatoriedade (vinculação) para a Administração de anular quaisquer atos ilegais, o fazem por estrito apego ao princípio da legalidade.

D'outro lado, os que defendem a mera faculdade (discricionariedade) para a o Poder Público em anular tais atos ilegais dos quais decorram efeitos favoráveis, o fazem por apego ao princípio da predominância do interesse público.

O aclamado debate tem enorme significação jurídica, uma vez que contrapõe diretamente dois princípios assegurados constitucionalmente (legalidade e supremacia do interesse público). Como é cediço, não existe hierarquia entre princípios, de modo que, sempre que estiverem em conflito dois ou mais axiomas, deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos. Desse modo, compartilhamos da tese formulada por Di Pietro (2003, p. 227), para quem poderá a Administração deixar de aplicar o princípio da legalidade

[...] em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal [...] a Administração tem liberdade discricionária para decidir qual a melhor solução diante do interesse público em jogo; poderá simplesmente anular o ato ou convalidá-lo.

Com efeito, como bem ressaltado por Gasparini (2006), a anulação dos atos administrativos não se reveste de caráter absoluto. Vale dizer, o simples fato de ser o ato inválido por vício de ilegalidade não basta para a sua anulação. Além deste, a invalidação deve preencher outros requisitos, como ser precedida de contraditório sempre que implicar em repercussão direta na esfera individual do beneficiário do ato, por força do que reza o art. 5º, inciso LV, da Carta Magna.

Outra questão relevante refere-se à aplicabilidade, no Direito Administrativo, da teoria das nulidades, típica do Direito Privado. Em verdade, as particularidades atinentes aos atos administrativos, notadamente em decorrência do interesse público que pode ser atingido pelos seus vícios, restam por conferir certa dicotomia doutrinária acerca do aproveitamento dos atos administrativos ilegais. De fato, a Teoria das Nulidades do Direito Privado (arts. 166 e 171 do Código Civil) classifica as nulidades em absolutas (que não podem ser sanadas) e relativas (que podem ser sanadas).

Aliás, sobre esse assunto sobrepõe ressaltarmos a visão esposada por Diogenes Gasparini (2006), e prestigiada por Meirelles (2003) e Ferraz (2003), dentre outros, que inadmitem a existência de atos administrativos anuláveis por negarem que o interesse privado possa prevalecer sobre a legalidade administrativa, concluindo, em última análise, que o ato considerado anulável não passa de um ato originariamente nulo. Vejamos:

A nosso ver só há uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de nulo. Desse modo, não se têm no Direito Administrativo, como ocorre no Direito Privado, atos nulos e atos anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompatível com essa dicotomia. Ademais, os atos anuláveis ofendem direitos privados, disponíveis pelos interessados, enquanto os nulos agridem interesses públicos, indisponíveis pelas partes. Lá são anuláveis, aqui são nulos. O ato administrativo sempre ofenderá, quando ilegal, um interesse público, sendo, portanto, nulo. Destarte, não há como ser aplicada no Direito Administrativo a teoria dos atos nulos e anuláveis do Direito Privado. (GASPARINI, 2006, p. 113)

Insta, por outro lado, esposarmos a tese que contraria tal posicionamento, esta defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1960, apud DI PIETRO, 2003, p.233), acompanhado por Antonio Carlos Cintra do Amaral e Celso Antônio Bandeira de Mello:

Será nulo quanto à capacidade da pessoa se praticado o ato por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se lícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para a sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez que o ato caiba, na hierarquia, ao superior. Outrossim, será tão somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação.

O cerne da discussão reside, pois, em determinar-se a possibilidade de serem os atos administrativos eivados de vício, sanados ou não. A nosso ver, conforme já restou esclarecido anteriormente, em atenção aos princípios da economicidade e da supremacia do interesse público, devem ser admitidas determinadas irregularidades sempre que o ato administrativo irregular produza seus efeitos, desde que não se verifiquem atentatórias contra o interesse público nem tenham sido praticadas com dolo pela Administração.

Dessa forma, corroboramos com o posicionamento adotado pela segunda corrente, admitindo a existência de atos administrativos anuláveis. O que não admitimos, contudo, é que, igualmente ao que ocorre no Direito Privado, as nulidades relativas sejam passíveis de reconhecimento somente através de provocação do interessado. Ora, cabe à Administração Pública, no exercício da autotutela, decretar a nulidade dos atos administrativos, seja ela absoluta ou relativa, sob pena de desprezar-se a legalidade administrativa em detrimento de um interesse individual.

Assim, verificada a nulidade, competirá à Administração, mediante uma avaliação de mérito no caso concreto, averiguar o grau de dano que esta poderá acarretar, decidindo pela manutenção ou não do ato administrativo. Sobressalte-se que, em qualquer caso, é assegurada a análise, em último grau, pelo Poder Judiciário.

3.4.2 Revogação

A revogação consiste no ato administrativo discricionário praticado pela própria Administração Pública que extingue o ato perfeito, válido e eficaz, com base nos critérios da oportunidade e conveniência, respeitando os efeitos por ele produzidos. Justamente em decorrência da apreciação destes critérios é que a revogação direciona-se tão-somente aos atos discricionários. Ora, tal conclusão é óbvia, pois, se ao Administrador não é dada sequer liberdade de analisar tais aspectos durante a edição do ato vinculado, não seria razoável que o fosse ao momento da sua extinção.

Diz-se que esta modalidade de extinção é privativa da Administração, tendo em vista que o ato alcançado foi editado em consonância com o ordenamento jurídico, não competindo ao Poder Judiciário exatamente pela ausência de violação à lei. Os critérios de conveniência e oportunidade a serem levados em consideração são apreciados exclusivamente pela Administração.

Outra consequência óbvia da revogação é a impossibilidade de retroação dos seus efeitos. Ora, seria inadmissível que uma situação constituída por força de ato válido, perfeito e eficaz perante o ordenamento jurídico pudesse ser desfeita. Em razão disso, vale dizer, a revogação não atinge o passado, possui efeitos *ex nunc*.

A revogabilidade dos atos administrativos, no entanto, não é absoluta. Existem determinadas categorias de atos que, por sua natureza, são irrevogáveis. Dentre estes, já mencionamos os atos vinculados, praticados única e exclusivamente por força de previsão legal. Além dos vinculados, são tidos como irrevogáveis também os atos que já tenham exaurido seus efeitos, em decorrência da irretroatividade da revogação, bem como os atos que geram direitos adquiridos, conforme se deduz da já citada Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

Interessante avivarmos neste íterim o que nos ensina Di Pietro (2003, p. 238), ao considerar que “também não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao ato anterior”. Com efeito, a revogação dirige-se apenas aos atos perfeitos, válidos e eficazes perante o ordenamento jurídico, com fundamento unicamente nos critérios de conveniência e oportunidade avaliados pela Administração.

Desse modo, tendo em vista a natureza jurídica de processo administrativo do Concurso Público, podemos exemplificar a assertiva vislumbrando a seguinte situação hipotética: a Administração Pública homologou a inscrição de um fisioterapeuta para participação em concurso público destinado a prover cargos vagos de analista administrativo em determinado Tribunal Regional Eleitoral; em seguida, procedeu à aplicação das provas; posteriormente a Administração reviu sua posição e percebeu a conveniência de contratar apenas profissionais formados em direito, embora o cargo possa ser preenchido por servidores que detenham nível superior em qualquer área de conhecimento. Neste caso, será impossível a revogação do ato de homologação de inscrição do fisioterapeuta em vista da preclusão de tal fase decorrente da aplicação das provas.

Ressalte-se por fim, que a qualquer momento serão passíveis de extinção os atos eivados de ilegalidade, através da anulação pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração. O que não se permite é a revogação de atos integrantes de procedimentos administrativos que já foram praticados, sob a frágil justificativa de que tornaram-se inconvenientes ou inoportunos. O que se tutela, em última análise, é a impossibilidade de revogação dos atos que já exauriram seus efeitos.

4 DO CONTROLE JURISDICIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Uma vez elaboradas as considerações acerca do instituto do Concurso Público e sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, restaram estabelecidos os contornos jurídicos e principiológicos fundamentais para adentrarmos no mérito da intervenção do Poder Judiciário, como *ultima ratio*, nos atos praticados durante o desenvolvimento dos processos seletivos para contratação de servidores públicos.

O objetivo precípua deste capítulo consiste em formularmos uma análise crítica sobre os entendimentos legais e jurisprudenciais relativos ao controle das fases procedimentais específicas dos Concursos Públicos, notadamente no que se refere ao adequado controle jurisdicional das diversas modalidades de provas que compõem os certames.

Conforme já assentado, a questão do controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública ainda enfrenta certa resistência, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial. Tal necessidade de controle, no entanto, decorre naturalmente da tripartição dos Poderes, eis que, segundo o jusfilósofo Montesquieu, tido como seu instituidor, “é preciso que o poder contenha o Poder”.

Destarte, é imprescindível termos em mente, desde logo, que o controle jurisdicional dos atos administrativos somente é levado a efeito mediante provocação de interessados para solucionar questões contenciosas entre a Administração Pública e administrados. Tal mecanismo presta-se tanto à proteção destes últimos, quanto à satisfação do interesse do próprio Estado em ver a normalidade jurídica recomposta diante da perturbação ocasionada pelo comportamento de seus agentes. Nesse sentido, o Concurso Público estará sempre sujeito ao controle judicial em virtude da imparcialidade típica deste poder, bem como do princípio da universalidade da jurisdição, assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Doravante passaremos a debater as especificidades deste controle sobre cada uma das etapas concursais.

4.2 DAS PROVAS OBJETIVAS

Em outra oportunidade já fornecemos o conceito de prova objetiva, embora apenas com o intuito de diferenciá-la das demais modalidades de avaliação. Sem embargo daquela prévia menção, é de bom alvitre reforçar o que naquela ocasião foi dito.

De início cabe aqui formalizarmos a primeira crítica a esta nomenclatura. Não porque seja incorreta, mas, sim, porque nos leva a entender que haveriam outras modalidades de avaliação em que impera o subjetivismo, o que seria inadmissível em face princípio da isonomia, reinante nos processos seletivos. Contudo, em que pese esta atecnia, tal designação não é de todo má aos desígnios conceituais desta forma de avaliação, uma vez que dela se extrai a sua principal característica: a redução do subjetivismo na correção pelas Bancas Examinadoras.

Com efeito, quanto maior o universo de soluções possíveis para determinada questão, maior o risco de atribuir-se subjetivismo à Banca Examinadora, de modo que, ainda nos casos de questões discursivas, vulgarmente denominadas subjetivas, há de se caminhar em direção à objetividade, com a criação de mecanismos de controle aptos a evitar favorecimentos ou preterições. Justen Filho (2005, p.587) traduz brilhantemente a necessidade de se reduzirem tais prerrogativas subjetivas no âmbito dos Concursos Públicos ao aduzir:

Sempre que a natureza da capacidade a ser avaliada ou da prova adotada envolver uma redução da objetividade na avaliação dos mais capacitados, deverão ser incorporadas cautelas destinadas a evitar preferências reprováveis. [...] Se não for possível estabelecer critérios predeterminados de avaliação do desempenho do candidato, deverão ser previstos instrumentos de neutralização da influência de simpatias ou antipatias pessoais (mesmo que inconscientes).

É em decorrência desta atecnia terminológica que alguns autores preferem referir-se às provas comumente denominadas “objetivas” através do termo “questões de múltipla escolha” ou simplesmente “testes”, como opta Rocha (2006). Inobstante tais escolhas doutrinárias, o termo prova objetiva, ainda que gere complicações hermenêuticas, afigura-se, a nosso ver, como o

mais completo se comparado aos demais. Primeiro porque a designação “múltipla escolha” abarca tão-somente uma das modalidades de avaliação, deixando de lado, por exemplo, as questões de “verdadeiro ou falso”, que também são objetivas. Segundo porque o termo “teste” é por demais genérico, podendo até mesmo ser utilizado como sinônimo de prova.

O certo é que, deixando de lado as questões meramente terminológicas, as provas objetivas podem ser conceituadas como aquelas em que os candidatos analisam proposições padronizadas, previamente elaboradas pela Banca examinadora, a respeito dos temas delimitados no Edital. Este modelo de avaliação constitui, sem dúvidas, o mais isento de interferências da Banca Examinadora durante a correção das provas. Note-se que aqui não nos referimos aos critérios de elaboração dos quesitos, que serão abordados em momento oportuno, mas sim à correção, tendo em vista que as respostas oriundas de provas objetivas são padronizadas, não cabendo qualquer mensuração de cunho subjetivo. Vale dizer, se o candidato acertou a questão, obtém a pontuação máxima, se errou, deixa de pontuar. Aqui não há “meio termo”, justamente para se reduzir a margem de subjetivismo.

Assim, a grande celeuma que envolve a interferência do Poder Judiciário no controle das questões objetivas dos Concursos Públicos não recai sobre a sua correção, mas, sim, sobre os limites da discricionariedade técnica atribuída à Banca na elaboração de tais questões.

4.2.1 Considerações sobre a discricionariedade técnica das Bancas Examinadoras

A Banca Examinadora é o órgão colegiado, composto por profissionais qualificados e especializados nas áreas objeto da avaliação, responsável pela elaboração, aplicação e correção das provas.

Sua constituição justifica-se pela necessidade de condução do concurso público por um órgão dotado de autonomia administrativa, técnica e científica, isento de influências de cunho político ou econômico, a fim de atender a finalidade ínsita desse processo que é a seleção de candidatos à luz dos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência.

Em razão desta autonomia é que as Bancas Examinadoras gozam também de certa discricionariedade técnica na escolha das matérias a serem abordadas durante as provas de conhecimento aplicadas aos candidatos. Esta discricionariedade, no entanto, não pode ser vista de maneira absoluta, uma vez que, desde sempre, as matérias abordadas deverão guardar consonância com as habilidades necessárias ao desempenho dos cargos e empregos públicos a que se destina o certame.

Como já dito anteriormente, a discricção concedida pela lei de modo abstrato pode convolar-se em vinculação quando, em situações específicas, a liberdade concedida ao administrador para escolher a solução mais adequada restringe-se diante do caso concreto, onde restará apenas uma conduta a ser adotada objetivamente.

Daí infere-se que, não só porque a decisão foi tomada dentro seara do mérito administrativo, significa que seria a mais adequada à finalidade especificada em lei, tornando-se viável o controle jurisdicional. Nestes casos, competirá ao Poder Judiciário verificar se a Administração Pública, inobstante havendo atuado dentro das possibilidades abertas pela norma, respeitou as circunstâncias específicas do caso concreto. Aliás, este é o posicionamento adotado por Martins Júnior (2001, p.823):

A atividade judiciária é, apenas e tão-somente, restauradora da juridicidade da Administração Pública tendo como parâmetro os princípios expressos no ordenamento jurídico, de modo a restaurar ou preservar as bases do Estado Democrático de Direito. Ora, nos casos de agressão ao princípio da eficiência por omissão ou mau funcionamento da Administração Pública a tarefa judiciária é verificar se o comportamento administrativo satisfaz ou não o princípio objetivamente considerado: se dentre as alternativas fornecidas, todas eram eficientes, a escolha de uma delas foi válida; se, ao contrário, só uma era eficiente para o alcance do interesse público e a escolha recaiu sobre aquela que, embora hipoteticamente eficiente, não o era concretamente, há invalidade a exigir do juiz o pronunciamento com o aporte das medidas necessárias a tanto. Deste modo, o juiz, diante do caso concreto, pode extirpar os males do defeito ou do excesso, porque a competência discricionária visa a justa medida, isto é, a opção pela solução ótima e eficiente que melhor atenda ao interesse público.

É neste íterim que se justifica o controle jurisdicional em face da discricionariedade técnica da Banca Examinadora. Embora ainda predomine considerável resistência para adentrar em tal esfera de mérito, já se firmam no

campo doutrinário e jurisprudencial pátrio entendimentos que rumam à impossibilidade de ser negada a tutela jurisdicional sob o simples argumento de que é assegurada discricionariedade técnica às Bancas. Corroborando com este posicionamento está a doutrina de Rocha (2006, p. 22):

Se a controvérsia versar sobre matéria estranha ao Direito (Engenharia, Economia, Psicologia, Medicina etc.), o juiz poderá valer-se de prova pericial, mas jamais se negar a conceder a tutela jurisdicional pretendida sob o argumento de que não poderia interferir no mérito do ato administrativo. Isto derruba o mito da discricionariedade técnica, segundo o qual, quando a Administração utiliza-se de elementos técnicos na tomada de sua decisão afasta-se o controle jurisdicional. (...) Assim, quando provocado, o Poder Judiciário deverá pronunciar-se também sobre os elementos técnicos do ato administrativo, ainda que, para isso, seja necessário recorrer a perícias ou outros tipos de prova. Verificada a desobediência pelo ato administrativo, de padrões técnicos, deve ser declarada sua nulidade.

Ademais a denominação “discricionariedade técnica” não vem do acaso. Se a liberdade é simplesmente técnica, é porque não se permite à Banca Examinadora filiar-se a uma ou outra corrente doutrinária quando versar sobre questões controversas. A liberdade atribuída àquela é apenas no sentido de delimitar, dentro do conteúdo programático, quais os pontos serão abordados, não lhe sendo dada a faculdade de filiar-se a qualquer opinião científica. Se assim o fosse, a modalidade de discricionariedade seria técnico-científica.

O que se pretende é conferir a menor subjetividade possível à Banca Examinadora na elaboração das questões de concursos públicos, sob pena, inclusive, de restar violado o princípio da impessoalidade.

4.2.2 Controle Jurisdicional

A discricção das Bancas Examinadoras inicia-se desde a elaboração do Edital, com a delimitação do conteúdo programático, das disciplinas que serão objeto das provas, dos critérios de avaliação e correção, dos pesos atribuídos às questões, etc. Daí, desde logo, advêm duas consequências lógicas: ao passo em que se cria uma vinculação para a Banca, que deverá questionar os candidatos unicamente sobre os temas previstos no conteúdo programático, estende-se também certa margem de discricionariedade, uma vez que terá

aquela a liberdade para eleger quais os pontos específicos de cada disciplina serão abordados.

É certo, entretanto, que esta liberdade não implica em discricionariedade absoluta para a Banca Examinadora elaborar questões cujas respostas contrariem o que é tido como certo e incontroverso no âmbito científico da disciplina avaliada. Admitir-se que a Banca Examinadora atribua a resposta que bem entender às questões formuladas, sem qualquer possibilidade de controle por órgão isento, seria, em última análise, violar a própria legalidade dos Concursos Públicos.

Ora, se a Administração Pública se propõe a avaliar os candidatos para aferir a aptidão ao desempenho dos seus cargos e empregos públicos disponíveis, é imprescindível que o faça mediante critérios de avaliação íntegros e corretos. Não é aceitável que deixe ao livre arbítrio da Banca Examinadora a decisão sobre quais as respostas corretas para as questões apresentadas. A função desta última é apenas a de aferir conhecimentos adquiridos pelos candidatos, e não de impor opiniões científicas, ainda mais quando comprovadamente díspares das firmadas no campo doutrinário das diversas disciplinas, sob pena de ferir igualmente a finalidade ínsita dos Concursos Públicos.

Com base nestas premissas, nossa construção pretoriana e doutrinária vem admitindo paulatinamente a interferência do Poder Judiciário na esfera de mérito das questões de conhecimento impostas pelas Bancas Examinadoras. Veja-se que não se trata aqui de invasão da competência administrativa pelo controle jurisdicional, mas, sim, de adequação da conduta das Bancas Examinadoras aos princípios da legalidade, razoabilidade e eficiência, por via da conformação aos parâmetros impostos pelos estudos e conclusões científicas consagradas.

Maia e Queiroz (2007, p. 198) ensinam brilhantemente que as provas de concursos públicos “em face de sua própria natureza, devem estar calcadas em critérios técnico-científicos, o que restringe, drasticamente, o poder discricionário das bancas examinadoras, ampliando, em contrapartida, a possibilidade de seu controle jurisdicional”. Mais adiante, os mesmos doutrinadores entendem ser admissível tal espécie de controle nas seguintes situações:

1) quando a banca exige “que se assinale a alternativa correta, quando não existem alternativas corretas e não há uma alternativa indicando que todas as demais estão incorretas” ou na hipótese em que se exige a marcação da alternativa incorreta e todas estão corretas e não existe opção de que todas as demais estão corretas; 2) Quando a banca exige ‘que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas’ ou, vice-versa, que se assinale a única alternativa incorreta e existem pelo menos duas incorretas; 3) quando a banca propõe “uma questão/resposta ambígua, que deixe no espírito do candidato fundadas e razoáveis dúvidas quanto ao seu alcance e precisão, gerando perplexidade que dificulte a eleição da alternativa correta, ante a possibilidade razoável de que não esteja correta a alternativa ou que haja outra alternativa igualmente correta na mesma questão”.

Ora, admitindo os autores que seria viável a interferência do controle jurisdicional nestas hipóteses, aceitam, por conseguinte, que sejam conhecidos e avaliados os critérios científicos adotados pela Banca Examinadora na elaboração das questões e soluções respectivas. Não há como assegurar, por exemplo, que existem duas alternativas corretas sem adentrar, necessariamente, no mérito científico das respectivas assertivas. Tal avaliação implica, pois, obrigatoriamente, na invasão do mérito administrativo das bancas examinadoras.

Ademais, a legalidade dos atos administrativos não deve ser verificada apenas sob o prisma da legalidade estrita (controle de legalidade *stricto sensu*). Para ser considerado legal, o ato deverá ser praticado de acordo com os demais princípios constitucionais expressos (moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência), além dos princípios acessórios, com destaque para os princípios da motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, lealdade, dignidade da pessoa humana e igualdade, dentre outros (controle da legalidade *lato sensu*).

Veremos que a jurisprudência vem evoluindo no sentido de um posicionamento mais favorável ao alargamento da atuação jurisdicional, na intenção de garantir o respeito do Poder Público aos direitos subjetivos dos candidatos examinados. Com efeito, nossos tribunais vêm admitindo uma série de situações e hipóteses com relação às quais se mostra pacífica a possibilidade de revisão judicial no âmbito das provas de concursos, sob o prisma da legalidade em sentido amplo, conforme se infere dos precedentes a seguir colacionados:

CONCURSO PÚBLICO (JUÍZES). BANCA EXAMINADORA (QUESTÕES/CRITÉRIO). ERRO INVENCÍVEL (CASO). ILEGALIDADE (EXISTÊNCIA). JUDICIÁRIO (INTERVENÇÃO).

1. Efetivamente – é da jurisprudência –, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível. **2. Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança** (Constituição, art. 5º, LXIX). 3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança. Maioria de votos. (grifamos)

(RMS 19.062/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2007, DJ 03/12/2007 p. 364)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA, APENAS EM PARTE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FORMULAÇÃO DE QUESTÃO DE PROVA QUE COMPORTA DUPLICIDADE DE RESPOSTAS: NULIDADE. CANDIDATO QUE PARTICIPOU DO CERTAME POR MEIO DE LIMINAR E QUE CONCLUIU, COM ÊXITO, O CURSO DE FORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA. NOMEAÇÃO E POSSE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Diretor-Geral da ESAF é autoridade competente apenas para planejar e controlar o recrutamento e a seleção dos candidatos para o preenchimento de cargos no âmbito do Ministério da Fazenda, em conformidade com a Portaria Ministerial n. 274/2001, e não para nomear e dar posse a candidatos ao cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal. Legitimidade reconhecida, em parte.

2. No caso dos autos, discute-se a regência correta de um verbo utilizado em texto de prova objetiva de Português, estando o writ substancialmente instruído com lições de diversos estudiosos da Língua Portuguesa, extraídas de gramáticas e dicionários conceituados no âmbito acadêmico. Não há, portanto, necessidade de produção de provas, tendo em vista que os documentos juntados aos autos são suficientes para o deslinde da questão, nos termos do art. 427 do CPC, motivo por que se afasta a alegada impropriedade do writ, na espécie.

3. A prova do tipo objetiva não pode conter questões que envolvam interpretação controvertida, de modo a dar ensanchas à duplicidade de respostas. Nulidade da questão que se reconhece para assegurar ao candidato a atribuição do ponto que não lhe foi conferido, resultando, em face das circunstâncias da causa, na sua aprovação no concurso público, tendo em vista que ele concluiu, com êxito, o curso de formação.

4. A nomeação e posse em cargo público dependem do trânsito em julgado da decisão judicial que permitiu ao candidato participar do curso de formação profissional. Precedentes jurisprudenciais.

5. Apelação da União parcialmente provida. (grifamos)

(AMS 01.290.893, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJU, 04-10-2002, p. 40)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO DE CANDIDATO. PRETENSÃO DE REVISÃO DO RESULTADO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA./ **A argumentação de que ao Poder Judiciário não é permitido avaliar o conteúdo de resposta de questão em concurso público tem a mesma natureza daquela segundo a qual o juiz não pode ingressar no campo próprio da discricionariedade (discricionariedade técnica) do administrador./ A reprovação de candidato em concurso público subsume-se no conceito de ato administrativo./ O conteúdo do ato administrativo, ainda que o ato classificado como discricionário, está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério de razoabilidade./ O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa; no caso de um concurso, se a banca examinadora elegeu como padrão a melhor resposta para a questão, mas cabe-lhe ponderar (quando for o caso, mediante instrução probatória) se o ato conteve-se dentro de limites aceitáveis.** Na dúvida sobre se o ato está ou não dentro do razoável, deve optar por sua confirmação, preservando a solução dada pela banca examinadora.

A barreira que tem sido oposta ao controle judicial do ato de formulação e correção de provas, sob o rótulo de preservação da discricionariedade da Administração, atende, na realidade, ao objetivo prático de evitar a inundação do Poder Judiciário com litígios dessa natureza, de difícil exame, pela quantidade e porque dependentes da apreciação de matérias altamente especializadas. A verdadeira razão é uma suposta impossibilidade material, não impossibilidade jurídica.

Caberá ao ora apelante o ônus de demonstrar, mediante perícia ou outro meio apropriado, que a opção eleita pela banca examinadora está fora dos limites da razoabilidade, resultando a dúvida em seu prejuízo. A dificuldade que terá nessa empreitada não pode ser considerada, a priori, impossibilidade jurídica do pedido. Reforma de sentença em que foi indeferida a petição inicial. Apelação provida. (grifamos)

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região AC 2001.36.00.010081-9/MT, relator para acórdão Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 20/03/2006)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - CONCURSO PÚBLICO - DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO E EXISTENTE – AUDITOR TRIBUTÁRIO DO DF – PROVA OBJETIVA - FORMULAÇÃO DOS QUESITOS - DUPLICIDADE DE RESPOSTAS – ERRO MATERIAL - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DOS ATOS - NULIDADE.

1 – (...)

2 – Por se tratar de valoração da prova, ou seja, a análise da contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, porquanto não se pretende que esta seja mesurada, avaliada ou produzida de forma diversa, e estando comprovada e reconhecida a duplicidade de respostas, tanto pela r. sentença monocrática, quanto pelo v. acórdão de origem, afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ (cf. AG nº 32.496/SP).

3 – Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS nº s 5.988/PA e 8.067/MG, entre outros). Porém, isso não se confunde com, estabelecido um critério legal - prova objetiva, com uma única resposta (Decreto Distrital nº 12.192/90, arts. 33 e 37), **estando as**

questões mal formuladas, ensejando a duplicidade de respostas, constatada por perícia oficial, não possa o Judiciário, frente ao vício do ato da Banca Examinadora em mantê-las e à afronta ao princípio da legalidade, declarar nula tais questões, com atribuição dos pontos a todos os candidatos (art. 47 do CPC c/c art. 37, parág. único do referido Decreto) e não somente ao recorrente, como formulado na inicial.

4 – Precedentes do TFR (RO nº 120.606/PE e AC nº 138.542/GO).

5 – Recurso conhecido pela divergência e parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente, em parte, o pedido a fim de declarar, por erro material, nulas as questões 01 e 10 do concurso ora sub judice, atribuindo-se a pontuação conforme supra explicitado, invertendo-se eventuais ônus de sucumbência. (grifamos)

(STJ, 5ªT, RESP 174291-DF, Proc. 199800350373, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17/2/2000, v.m., DJ 29/5/2000, p. 169)

Na análise do Recurso Especial nº 174.291, acima ementado, o insigne Ministro Jorge Scartezini fundamentou seu voto na impossibilidade da Banca Examinadora fugir à proposta de elaboração de questões previamente delimitada no Edital, ao constatar, mediante análise por perito devidamente instruído, que determinada questão contou com duas assertivas corretas, violando diretamente o princípio da legalidade administrativa. Se não, vejamos:

Ora, por se tratar de prova na modalidade “objetiva”, sem critérios pessoais, a pergunta feita ao concursando somente poderá dar ensejo a uma resposta também direta e objetiva, pois, ao se admitir mais de uma opção, ocorrerá nulidade desta, por ferir, a comissão responsável, as normas do Edital. A eficácia deste tipo de certame, com modalidades de questões em forma de teste de múltiplas escolhas com apenas uma resposta certa, exige boa técnica na elaboração de perguntas, dentro do grau de especificidade do conhecimento a ser medido, as quais devem conduzir a respostas adequadas, sem ambigüidades ou obscuridades. Isto não ocorreu, posto que houve duas respostas certas. A Banca Examinadora, em seu poder discricionário, ao manter tal posicionamento, mesmo instada a anular as questões através de recurso próprio, feriu o princípio da legalidade dos atos administrativos.

Desta feita, ainda que se queira afastar a interferência jurisdicional realizada com fundamento na legalidade em sentido amplo, acima defendida, há de se reconhecer que qualquer conduta da Banca Examinadora que extrapole os limites fixados no Edital, inclusive na seara da elaboração de questões, merece conhecimento e correção pelo Poder Judiciário, por ululante violação à lei do concurso público.

Em que pesem as considerações doutrinárias acerca das hipóteses em que se admite a intervenção do Poder Judiciário na esfera de competência da

Banca Examinadora de Concursos Públicos (multiplicidades ou ausência de respostas corretas, abordagem de tema não previsto no Edital, formulações dúbias, etc.), tais previsões apresentam caráter meramente didático e organizacional do tema.

O fato é que, sempre que houver distanciamento entre a conduta da Banca Examinadora e os preceitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, seja por erro material (questões com mais de uma resposta, questões com erro de digitação), seja por erro científico (questões cuja solução apresentada pela Banca afigura-se comprovadamente controvertida frente aos estudos técnico-científicos da disciplina), haverá de se assegurar a intervenção e controle, com vistas a conformar a conduta desta última à finalidade ínsita dos certames seletivos.

4.3 DAS PROVAS DISCURSIVAS

Cabe aqui, de início, formular algumas considerações sobre a nomenclatura adotada para designação das provas discursivas. É corriqueiro encontrarmos Editais que trazem previsão de uma fase “subjetiva” como integrante do processo seletivo. Durante nosso estudo já enfatizamos que o regime jurídico Concursos Públicos, sob qualquer hipótese, admite que os critérios de avaliação se pautem em considerações desta monta, sob pena de violar-se a própria isonomia típica dos certames.

A Administração Pública e, neste íterim, a Banca Examinadora, que faz as suas vezes, deve pautar-se em critérios que ofereçam uma objetividade mínima para avaliação dos candidatos, uma vez que nenhuma atividade administrativa goza de liberdade absoluta. Estender às Bancas a possibilidade de adoção de critérios de correção livremente seria atribuir àquelas uma discricionariedade ilimitada, resultando, em última análise, em violação direta ao princípio da razoabilidade.

Assim, ainda que a questão formulada verse sobre tema de caráter geral, a correção deverá utilizar critérios minimamente objetivos, como, à guisa de exemplos, a coerência textual, a capacidade de organização e delimitação do tema, a forma de exposição da idéia central, o domínio sobre o conteúdo

questionado, a capacidade de conclusão, etc., de modo que reste expurgada a subjetividade das Bancas.

Em verdade, o que causa certa confusão é o fato de que as questões de ordem discursiva ocasionam soluções distintas, a depender do nível de conhecimento dos candidatos avaliados, diferentemente das questões objetivas, que conduzem à uma solução padronizada. A subjetividade, pois, é tão-somente dos concorrentes. Isto não quer dizer que a banca examinadora também poderá atuar livremente, adotando critérios de correção puramente subjetivos. Ao admitirmos a ausência de uma objetividade mínima incorreríamos sem dúvidas no risco de serem adotados padrões de correção distintos para cada candidato, ferindo mais uma vez o primado da igualdade de condições de acesso aos cargos e empregos públicos.

Diante desta premissa, conclui-se que deve ser evitada qualquer menção ao termo “prova subjetiva”, comumente utilizado em Editais de concurso. A dicção “prova discursiva”, a nosso ver, é a mais correta, porque alberga justamente a principal característica desta modalidade de avaliação, qual seja, a formulação de respostas dissertativas.

4.3.1 Controle Jurisdicional

As mesmas considerações feitas a respeito da discricionariedade técnica das Bancas Examinadoras na elaboração de questões, durante o estudo das provas objetivas, devem ser aplicadas aqui. Contudo, diferentemente do que ocorre com aquelas, a possibilidade de controle jurisdicional sobre as questões discursivas dos Concursos Públicos ultrapassa a seara da elaboração, passando a recair também sobre os critérios de correção utilizados pela Banca Examinadora.

Nas provas discursivas o examinando tem maior liberdade para o desenvolvimento e fundamentação das suas respostas. D’outra banda, a adoção dessa modalidade de prova, abre também ao administrador um maior leque de discricionariedade técnica na correção das provas. Aqui, a correção das provas pode levar em consideração diversos aspectos e critérios além do fator estritamente ligado ao conhecimento. Com efeito, conforme bem delineado por Maia e Queiroz (2007, p. 112-113),

[...] diversos fatores serão levados em consideração pela comissão de concurso na avaliação dos candidatos, tais como a apresentação do trabalho, a capacidade de organização e delimitação do tema, a forma de exposição da idéia central e das idéias secundárias, a introdução, desenvolvimento e conclusão do seu conteúdo e o leque cultural do candidato.

Inobstante esta liberdade, a discricionariedade dos examinadores não se pode converter em um escudo contra a impunidade, propício a ocultar toda sorte de vícios de legalidade no ato de aplicação e correção das provas discursivas, tais como o abuso de poder, o desvio de finalidade e outras condutas inequivocamente lesivas ao direito dos candidatos a concorrer em igualdade de condições, sob a égide de um processo seletivo justo e íntegro.

A jurisprudência pátria por diversas vezes já firmou o entendimento de que tais critérios não podem ser reavaliados pelo Judiciário, uma vez que sua reapreciação implicaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes, consagrado pela Carta Magna. Esta impossibilidade de revisão, no entanto, não é absoluta. O entendimento mais atualizado é o de que o Judiciário não pode imiscuir-se de regular situações em que a Banca Examinadora viole o direito dos candidatos. Nesse sentido, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. CRITÉRIOS DE ELABORAÇÃO CORREÇÃO DAS PROVAS DO EXAME DE ORDEM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO. ART. 5º, XXXV, DA CF/1988. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO.

1. A vedação quanto à impossibilidade de análise dos critérios de correção de provas pelo Poder Judiciário deve ser relativizada, a fim de proporcionar ao jurisdicionado maior amplitude de proteção do seu direito.

2. Para os casos em que os critérios adotados na elaboração e correção de provas de concursos estejam em clara inobservância ao princípio da razoabilidade, da fundamentação, da motivação, com base no preceito constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), pode e deve o Poder Judiciário, com os temperamentos necessários, avaliar tais aspectos.

3. O mérito do ato administrativo está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério da razoabilidade. O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação. (AMS 2002.34.00.035228-5/DF, relator Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 25/11/2004).

4. Comprovado, no caso, que houve falha no procedimento adotado para correção da peça processual aplicada na prova prático-profissional realizada pelo impetrante, ante a inobservância aos

princípios da razoabilidade, da motivação e da fundamentação, impõe-se a anulação da correção, para que nova apreciação seja realizada.

5. Apelação a que se dá parcial provimento. (grifamos)

(TRF.1- Processo: AMS 2005.34.00.020803-0/DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO Órgão Julgador: OITAVA TURMA Publicação: 23/11/2007 DJ p.239 Data da Decisão: 13/11/2007)

Destarte, ainda que seja certo que a atuação da Banca Examinadora não pode ser individualizada, a propósito de atender às particularidades de cada candidato, é incontroverso que deve ater-se às regras do Edital. Não se pode negar que podem ocorrer situações peculiares onde são detectáveis manifestos erros na correção de prova discursiva, passíveis de comprometer a lisura do certame. Em tais hipóteses o controle jurisdicional não se afigura indevido, apesar do tradicional posicionamento da jurisprudência em sentido oposto, justamente pela possibilidade de se deflagrarem arbitrariedades e injustiças desarrazoadas e desproporcionais, cujo exame não pode ser afastado do Judiciário, nos termos do disposto no art. 5º, XXXV, da nossa Carta Constitucional.

Sem embargo destes entendimentos e igualmente ao que ocorre no âmbito das questões objetivas, a construção pretoriana vem tomando novos rumos, no sentido de admitir a interferência. Se não vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DISCURSIVA. ERROS NA CORREÇÃO CONSTATADOS POR PROVA PERICIAL. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DE EVENTUAL APROVAÇÃO.

1. Constatada, por intermédio de prova pericial, a existência de erros na correção da prova discursiva de candidata participante de concurso para provimento de cargo público, bem assim a constatação de tratamento anti-isonômico entre os concorrentes, ainda que faltem indícios da alegada perseguição, não é dado ao juiz desconsiderar o laudo pericial, sem que haja elementos probatórios que, objetivamente, demonstrem o contrário.

2. A existência de manifestos erros na correção da prova discursiva da candidata demonstra não se cuidar, no caso, de o Judiciário imiscuir-se, indevidamente, no âmbito da discricionariedade da banca examinadora, mas, sim, de proteger a esfera jurídica da candidata, uma vez que cabe ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos administrativos, com apoio no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

3. Como conseqüência do pronunciamento judicial, incumbe à comissão de concurso aferir se o somatório das demais notas finais alcançadas pela candidata nas provas objetiva e prática, acrescidas

da nota indicada como a correta, pelo perito, na prova discursiva, é suficiente para que a candidata seja considerada aprovada e classificada no certame.

4. Verificada essa aprovação, os seus efeitos retroagem, de modo a assegurar à candidata todas as conseqüências patrimoniais da nomeação, como se esta tivesse ocorrido na estrita ordem de classificação por ela alcançada, deduzidos, entretanto, os valores que desde então houver recebido dos cofres públicos, pelo exercício de outro cargo público.

5. Apelação particularmente provida. (grifamos)

(AC 1998.34.00.001170-0/DF, Rel. Fagundes de Deus, Rel. Acor. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Quinta Turma, DJU 25/11/2003, p.42)

Note-se, mais uma vez, que não se defende aqui que o Poder Judiciário substitua a Banca Examinadora na correção da prova. O que asseveramos é que este, no exercício de sua função, tem como dever anular a correção viciada, que extrapole os limites aceitáveis, determinando seu refazimento, desta vez atendendo aos padrões adequados de legalidade. Nessa esteira, conforme delineado no acórdão ementado acima, o Poder Judiciário haverá de se posicionar, ainda que, para isso, seja necessário recorrer a perícias ou outros tipos de prova.

4.4 Provas Orais

As provas orais são destinadas a avaliar, em primeiro lugar, o conhecimento adquirido e, em segundo plano, a capacidade de comunicação verbal, velocidade de raciocínio e o comportamento sob pressão dos candidatos, aferidos através da explanação, por meio de discurso oral, acerca de um conteúdo previamente delimitado pela Banca Examinadora. Maia e Queiroz (2007, p.114) elencam as peculiaridades desta modalidade de avaliação da seguinte forma:

Convém assinalar que a fase da prova oral constitui um dos momentos mais delicados do concurso público, em face das seguintes circunstâncias: a) a identidade do candidato, nesta fase, é conhecida e as suas características físicas e psíquicas são reveladas para a banca examinadora, pois a prova é pública; b) via de regra, a prova oral é antecedida de sindicância social, a qual revela o perfil individual, social e econômico do candidato; c) o candidato já demonstrou o mínimo de conhecimento desejado para o cargo nas provas objetivas e discursivas e, por isso, a prova oral é decisiva; d) o grau de discricionariedade da banca examinadora na prova oral é o mais amplo dentre as provas de conhecimento; e) em conseqüência,

o estado de sujeição do candidato em face da banca examinadora é extremamente acentuado.

Indubitavelmente reside nas provas orais a maior margem de subjetividade no que diz respeito às respostas formuladas pelos candidatos, notadamente porque aqui são avaliadas, óbvio, além do conhecimento sobre o tema questionado, características extremamente pessoais e individualizadas, como aquelas já mencionadas no parágrafo anterior. Entretanto, igualmente ao que ocorre quanto às questões discursivas, esta margem de subjetividade atribuída aos candidatos não se estende à Banca Examinadora.

Também no âmbito das avaliações orais o examinador deverá adotar critérios minimamente objetivos, capazes de, por si só, conduzirem à qualificação dos candidatos avaliados. Por óbvio ululante, as influências externas de cunho pessoal que possam comprometer a lisura desta avaliação devem ser de todo repelidas. É nesse sentido o ensinamento de Rocha (2006, p. 141), a seguir transcrito:

Deve-se ressaltar, ainda, que as provas orais não dispensam a existência prévia de um gabarito amplo e detalhado para cada tema. É verdade que sua divulgação só ocorrerá após a realização das provas, mas deve existir previamente para orientar a conduta dos examinadores. Desse gabarito devem constar todas as questões que poderão ser feitas ao candidato e as respostas esperadas com a respectiva valoração; Dessa forma, dá-se o suporte objetivo para o julgamento dos examinadores, como determina o princípio da igualdade, e viabiliza-se o controle jurisdicional da prova.

Outro ponto distintivo atinente desta modalidade de avaliação reside na impossibilidade de se ocultar a identidade dos concorrentes, como nas outras duas formas já esposadas. Tal peculiaridade finda por sujeitar este tipo de procedimento ao risco de serem concedidos privilégios ou discriminações baseados em critérios alheios à vontade dos concorrentes, em completa violação à isonomia concursal. Em última análise, é nesta modalidade de prova que se corre o maior risco de arbitrariedades ou desvios de conduta dos examinadores.

Em atenção à necessidade de se criarem mecanismos de combate às arbitrariedades dos examinadores⁷, o Decreto 6.944, de 21 de agosto de 2009,

⁷ Sobre este ponto Cruz (2009) salienta que “a carência de objetividade em alguns concursos públicos atinge seu ápice na fase das provas orais, em que, amiúde, candidatos são eliminados por um único examinador, que, em uma espécie

que estabeleceu normas gerais relativas a concursos públicos no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, instituiu a obrigação das Bancas Examinadoras de gravarem as provas orais, sem, no entanto, declinar o meio de gravação, se somente áudio, ou áudio e vídeo, deixando ao arbítrio das bancas a escolha.

Durante certo período predominou, doutrinária, jurisprudencial e administrativamente, a idéia de que a avaliação neste tipo de prova seria totalmente subjetiva, sendo a valoração do desempenho obtido pelo candidato na prova oral ato discricionário da Banca Examinadora do concurso, devidamente constituída e habilitada para tal fim, sem que houvesse necessidade de concessão de oportunidade para recurso administrativo aos candidatos. Ora, tal entendimento resultava em direta violação ao direito ao recurso administrativo e à tutela jurisdicional contra lesão aos direitos dos concorrentes. Nesse sentido, vejamos.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA ORAL. NOTAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EDITAL DO CONCURSO. CRITÉRIOS VALORATIVOS DE NOTAS. PODER DISCRICIONÁRIO DA BANCA EXAMINADORA DO CONCURSO. INVIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para que se possa auferir, de maneira inequívoca, a existência do direito líquido e certo, faz-se imprescindível a apresentação, juntamente com a inicial, da prova pré-constituída, já que tal ação possui caráter documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória. 2. In casu, não houve sequer a juntada do Edital ou da Resolução do VIII Concurso Público para Juiz Substituto da 2ª Região, não havendo que se falar, assim, em direito líquido e certo do ora Recorrente, pois não se afigura possível aferir-se a veracidade dos fatos alegados, de que o Edital violou princípios constitucionais, ao negar o seu direito de recorrer das provas orais realizadas, ou, ainda, de se verificar a possibilidade de a Banca Examinadora rever e majorar as notas que lhe foram atribuídas. 3. Ademais, conforme entendimento pacífico da jurisprudência e da doutrina, não compete ao Poder Judiciário a ingerência na valoração dos critérios adotados pela Administração para a realização de concursos públicos, salvo quanto ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e o seu cumprimento durante a realização do certame. Precedentes. 4. Recurso improvido. (STJ - ROMS 15.866-RJ - 2003/0010800-5 - Quinta Turma - Relator Ministra Laurita Vaz - Data do Julgamento: 27.05.2003 - g.n.)

de entrevista particular, livre de qualquer controle interno ou externo, lança sua nota, dando ensejo à possibilidade de subjetivismo, perseguições e arbítrio na aferição do candidato. Para obviar tal possibilidade, e em homenagem aos princípios da publicidade e da impessoalidade do ato administrativo, basta que se preveja a realização de prova oral não perante um único examinador, mas diante de toda a banca, ou, no mínimo, por dois de seus integrantes, preferencialmente com o uso de microfones, para que todos os circunstâncias sejam testemunhas da correção do exame, quebrando-se a suspeita de parcialidade e o subjetivismo implícito, próprios de um único examinador.

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVIMENTO EM CARGO PARA JUIZ SUBSTITUTO - APERFEIÇOAMENTO DE NOTA - PROVIMENTO NEGADO – Conforme se depreende do Edital nº 001/2000, em seus artigos 22 e 29 será aprovado candidato que obtiver média aritmética final igual ou superior a 6 (seis) na escala de 0 (zero) a 10 (dez), calculada entre a média das provas escrita preliminar (provão), escrita de lavratura de sentenças e a oral, não se admitindo arredondamento de nota final, não cabendo ainda, recurso das notas proferidas na prova oral. Recurso conhecido mas não provido. (fl. 127). (Tribunal de Justiça – ES, Proc. nº 2003/0034834-7)

No entanto, nossos Tribunais Superiores, felizmente, já tem se posicionado no sentido de admitir-se o recurso ao Poder Judiciário para impugnação de notas atribuídas em exames orais, conforme se infere dos arestos a seguir colacionados:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO. PROVA ORAL. SUBJETIVIDADE. RECURSO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. EDITAL EMANADO POR ATO ISOLADO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. ARREDONDAMENTO DE NOTA. PRECEDENTES ANÁLOGOS. Deve-se levar em consideração o fato de que o edital do referido certame, diferentemente dos anteriores, não foi submetido ao crivo do Tribunal, tendo sido emanado por ato isolado do Presidente da Corte. Na hipótese, a ausência de previsão no edital de recurso contra a nota da prova oral, de natureza subjetiva, amolda-se a vários precedentes jurisprudenciais análogos, no sentido de ser viável a pretensão deduzida. Recurso provido. (RMS 16.089/ES, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 10/05/2004 p. 306)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE NOTAS PARA APROVAÇÃO.
 I - Na fase em que reprovada a recorrente - a prova oral, outros cinco candidatos também não lograram êxito e, assim como ela, buscaram, administrativamente, via recurso, o arredondamento das suas notas, o que possibilitaria a aprovação no certame. Todos, com exceção da recorrente, tiveram acolhida a sua irrisignação.
 II - Demonstração, inequívoca e calcada em dados objetivos constantes nos autos, de que ilegal o “traço desigualador acolhido”, in casu, pela Administração.
 III - Inexistência, sob qualquer aspecto que se aborde, de justificativa objetiva, racional ou plausível para o tratamento jurídico diversificado que se realizou. Recurso provido. (ROMS 11.999/ES, Min. Félix Fischer, DJU, 23-04-2001, p. 169)

Nesta ordem de considerações, entendemos ser inadmissível perante o ordenamento jurídico pátrio a conduta administrativa que inviabilize o direito ao recurso administrativo em face das notas atribuídas nas provas orais bem

como a prolação de julgados onde se firme entendimentos nesse sentido. É direito de todos os candidatos concorrerem em igualdade de condições num processo seletivo que respeite a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência administrativa.

4.5 DA EXIGÊNCIA DE REQUISITOS NO ATO DA INSCRIÇÃO

Conforme já restou delineado alhures, a inscrição caracteriza-se como o ato pelo qual o indivíduo manifesta sua intenção em participar do concurso público, através do fornecimento de dados que o identifiquem suficientemente, convalidando-se com a homologação pela autoridade competente, e não implicando em aceitação das normas contidas no Edital, passíveis de questionamento na via administrativa ou judicial.

Tema importante e polêmico, inclusive responsável por um grande número de questões levadas à análise do Poder Judiciário, refere-se justamente à viabilidade da exigência de requisitos necessários à investidura no cargo em disputa, já no momento da inscrição no Concurso Público. Em momento oportuno (v. Capítulo I, item 5.6.2.2) já nos posicionamos tendenciosamente sobre esta matéria, no entanto, cabem aqui mais algumas considerações.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento sobre o tema em questão por meio da Súmula 266, de 22.05.2002, estabelecendo que “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”. Sem embargo desta determinação, o debate sobre a matéria está longe de ser encerrado, inclusive já havendo o Supremo Tribunal Federal adotado entendimento contrário em algumas oportunidades. Veja-se a respeito:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 187 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. EXIGÊNCIA DE UM BIÊNIO NA CONDIÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO COMO REQUISITO PARA INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, XIII E 37, I DA CF. 1. A exigência temporal de dois anos de bacharelado em Direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União, prevista no art. 187 da Lei complementar nº 75/93, não representa ofensa

ao princípio da razoabilidade, pois, ao contrário de se afastar dos parâmetros da maturidade pessoal e profissional a que objetivam a norma, adota critério objetivo que a ambos atende.

2. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente.” (grifamos)

(ADI 1040/DF, Relatora para acórdão Ministra Ellen Grace, DJ 01.04.2005)

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 7º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO Nº 35/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA RESOLUÇÃO Nº 55/2004, DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. A norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes à carreira ministerial pública. Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado "atividade jurídica" é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito. **O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos. Ação improcedente.**” (grifamos)

(ADI 3460/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJ 31.08.2006)

A principal crítica dirigida à Súmula nº 266 do STJ tem como fundamento a premissa de que a Administração Pública não pode depender de probabilidades, uma vez que está em jogo, sobretudo, a segurança jurídica. Para esta corrente, não se pode permitir o risco de serem aprovados candidatos que não atenderão, com certeza absoluta, aos requisitos do cargo no momento da posse. Do contrário, restaria esvaziada a finalidade do concurso e desatendidos os princípios da eficiência e da economicidade.

Em sentido contrário, estão importantes vozes do cenário jurídico nacional, como a dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito⁸ e Marco Aurélio, bem como dos ex-ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. O primeiro destes, aliás, consignou as razões do seu voto na ADI 3460/DF da seguinte forma:

À derradeira, anoto que o prazo de três anos de atividade jurídica é exigido do bacharel em direito para ingresso na carreira do Ministério Público. E esse ingresso – que é sinônimo de investidura -, se dá com a posse no respectivo cargo, e não com o ato de mera inscrição no pertinente concurso. Motivo pelo qual não se pode exigir dos aspirantes a carreira ministerial pública, no ato da inscrição no concurso, o atendimento ao requisito temporal de três anos de

⁸ O Ministro Carlos Ayres de Brito é o atual presidente do Supremo Tribunal Federal, empossado em 19/04/2012.

atividade jurídica, referido no §3º do art. 129 da Constituição. Afinal, o que deseja a Constituição é a comprovada experiência profissional para o efetivo desempenho do cargo posto em competição pública.

A nosso ver, *data venia* das opiniões divergentes, este é, em verdade, o posicionamento mais íntegro e reto a ser adotado. Os requisitos devem ser totalmente preenchidos por aquele que ocupará o cargo, vale dizer, pelo candidato aprovado em todas as etapas do Concurso Público. Não se deve impedir que o candidato realize as provas simplesmente sob a justificativa de que o mesmo não atende aos requisitos para a investidura no cargo no momento da inscrição.

Note-se outra vez, que não defendemos a vedação para as Bancas Examinadoras de exigirem determinados requisitos dos candidatos, no ato da inscrição, desde que estes se destinem pura e simplesmente ao desenvolvimento do certame. Não devem ser confundidos os requisitos para investidura no cargo com os requisitos para regular participação no Concurso Público. Assim, quando imprescindíveis à avaliação dos candidatos, determinadas exigências são admissíveis⁹. À guisa de exemplo, podemos citar a exigência de títulos de Pós-Graduação, quando houver previsão no Edital acerca de etapa destinada ao “exame de títulos”, nos concursos para o Magistério Superior.

4.6 MECANISMOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS

A tutela jurisdicional exsurge da necessidade de um pronunciamento imparcial do Estado na busca pela pacificação de contendas, por meio da aplicação da norma ao caso concreto. Neste desiderato o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, utiliza-se do *processo*, para investigar qual dos litigantes tem razão, aplicando, ao final, a lei ao caso litigioso. Tal atuação

⁹ Nesse sentido, o ensinamento Maia e Queiroz (2007, p. 101): “De outro turno, repise-se numa relevante circunstância: a Administração Pública não está impedida de exigir dos candidatos, no ato da inscrição do concurso público ou por ocasião de determinada fase procedimental, o preenchimento de certas qualificações ou condições imprescindíveis para a própria realização das provas, como ocorre, por exemplo, com os exames de habilitação específica. É o que sucede, por exemplo, com a exigência de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) dos candidatos inscritos para concurso público de motorista ou agente de segurança, cuja habilitação legal para dirigir constitui pressuposto para a realização das provas práticas de direção.”

estatal, contudo, não pode se dar por impulso do próprio Poder Público, em decorrência de razões óbvias.

Em primeiro lugar, a função jurisdicional traz em seu espírito a necessidade de pacificação das relações sociais, de modo que não poderia, sob qualquer justificativa, ser dada ao próprio judiciário a prerrogativa de instauração de conflitos¹⁰. D'outro giro, a inércia serve ao intento imparcial da jurisdição, uma vez que a iniciação do processo pelo Estado implicaria, por óbvio, em quebra da igualdade processual entre as partes¹¹. Assim, a índole inerte dos órgãos jurisdicionais, cristalizada nos aforismos *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor) e *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não procederá de ofício), impõe que o Poder Judiciário somente poderá aplicar a lei ao caso concreto se devidamente provocado pela parte interessada em face da existência de uma pretensão resistida ou insatisfeita amparada pelo ordenamento jurídico. Esta provocação é feita por meio da ação, onde se invoca a tutela do Estado-Juiz a fim de que haja a prestação jurisdicional.

No âmbito do controle jurisdicional dos Concursos Públicos, embora se admita também a instauração do procedimento comum, através de Ação Ordinária ou Cautelar, os instrumentos do Mandado de Segurança, da Ação Popular e da Ação Civil Pública são utilizados primordialmente como meio de provocação do Poder Judiciário, seja em razão do caráter de urgência da medida pretendida, seja em razão da coletividade de cidadãos atingidos pela irregularidade praticada pela Administração. A seguir, serão abordadas as particularidades de tais instrumentos.

4.6.1 Do Mandado de Segurança

O Mandado de segurança é o meio posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, detentora de capacidade processual, apto à proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade pública

¹⁰ Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 134) justificam o princípio da inércia explicando que “o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos a casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”.

¹¹ Mais adiante, os mesmos autores entendem que “a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo, ele se liga psicologicamente de tal maneira à idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições de julgar imparcialmente”. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2003, p. 135)

ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do art. 5º, inciso LXIX, da Carta Constitucional.

Ademais, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que disciplina o Mandado de Segurança individual e coletivo, prescreve outros requisitos para sua impetração, através do art. 5º, a seguir transcrito:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
III - de decisão judicial transitada em julgado.

A autoridade pública mencionada no texto constitucional, é a que detém as atribuições para a prática e a reversão do ato impugnado, bem como aquela da qual emane ordem para sua prática, por força do que determina o §3º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/09. Nesse sentido é a lição atualizada de Meirelles (2006, p. 63), para quem “incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário”.

No âmbito de realização dos concursos públicos, embora a instauração e homologação final seja dada mediante ato da autoridade máxima do órgão ou entidade detentora dos cargos vagos a serem ocupados, as Bancas Examinadoras são responsáveis pelo desenvolvimento do processo seletivo, através da confecção do Edital, realização das provas, julgamento dos recursos, etc. Desta forma, admite-se que, nos casos em que o ato atacado seja praticado pelas bancas, poderá ser apontado o seu Presidente como autoridade coatora. Nesse sentido, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. I - O mandado de segurança deve ser impetrado apontando como autoridade coatora o agente público que praticou ou deixou de praticar o ato impugnado. Com isso, é condição *sine qua non*, a demonstração do ato inquinado como lesivo a direito líquido e certo e a respectiva autoridade responsável pelo desmando. A identificação tem de ser explícita, de forma clara, propiciando a correlação entre o ato vergastado e a autoridade que o praticou ou absteve-se de praticá-lo. Precedentes. II - **Sendo atacado ato da Comissão Examinadora do Concurso, não se**

configura a ilegitimidade passiva ad causam do Presidente da referida Comissão, autoridade imediatamente responsável pelo ato lesivo ao direito invocado. III - Agravo interno desprovido. (grifamos) (AgRg no RMS 16.553/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 21.06.2004, p. 232).

A errônea indicação da autoridade coatora, a nosso ver, em estrito cumprimento ao princípio da instrumentalidade das formas, não deve redundar na carência da ação, até mesmo em decorrência da complexa estrutura dos órgãos administrativos, que nem sempre permite a identificação precisa do agente coator. Entender de modo diverso seria vedar a apreciação de lesão ou ameaça a direito dos candidatos em decorrência de mera falha técnica. Infelizmente, a construção pretoriana pátria já deu mostras de entendimento em sentido diverso. Se não, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INDICAÇÃO ERRÔNEA DE AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. - **Em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade.** - No caso, sendo o certame público realizado sob a responsabilidade do então Secretário de Estado de Administração, Recursos Humanos e Previdência (atual Gerente de Administração e Modernização), não tem legitimidade passiva ad causam para o *writ* o Secretário de Estado de Educação (atual Gerente Executivo de Desenvolvimento Humano do Estado). - Em sede de mandado de segurança, a errônea indicação da autoridade coatora importa na extinção do processo, sem julgamento de mérito, já que incumbe ao impetrante comprovar a autoria do ato lesivo violador de seu direito líquido e certo. Tal indicação errônea não é suprida com o ingresso do Estado na lide, como litisconsorte passivo necessário. - Recurso ordinário desprovido. (grifamos) (RMS 12.256/MA. Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 01/07/2002, p. 396).

Outra característica peculiar desta modalidade de Ação é que não admite dilação probatória, ou seja, o impetrante haverá de comprovar o alegado, já na peça inicial, por todos os meios possíveis, ressalvada, por óbvio, a hipótese em que o documento se encontre em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, caso em que o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias (§1º, art. 6º, Lei nº 12.016/09).

Quanto ao prazo para impetração do Mandado de Segurança contra ato praticado durante o processo concursal, a Lei nº 12.016/09, por intermédio de seu art. 23, delimitou-o em 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que o interessado tiver conhecimento do ato a ser impugnado. Porém, nos casos em que a ameaça a direito do candidato se verificar mediante omissão da Administração, o mandado de segurança poderá ser exercido durante o curso do prazo de validade do concurso, vez que se estará diante de relação de trato sucessivo. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou sobre este aspecto:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO. ATO OMISSIVO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. RECORRENTE CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. **Em se tratando de ato omissivo, consistente em não nomear candidato aprovado em concurso público, a relação é de trato sucessivo, que se renova continuamente, razão pela qual não há decadência do direito de impetrar mandado de segurança, desde que referido direito seja exercido dentro do prazo de validade do certame.** Precedentes. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se dentro do prazo de validade do certame, há contratação precária ou temporária para o exercício dos cargos. Hipótese em que o próprio recorrente firmou contrato de trabalho por tempo determinado, que vem se renovando há longa data, para a função de médico, especialista em gastroenterologia, na cidade de Chapecó/SC, exatamente para o qual prestou concurso público e foi aprovado em 1º lugar, demonstrando a necessidade perene de vaga. Recurso ordinário provido. (STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21123/SC. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. DJ 06.08.2007, p. 542.)

Ainda em sede de Mandado de Segurança, não podemos olvidar da possibilidade de concessão de medida liminar, prevista no art. 7º da Lei nº 12.016/09, e destinada a resguardar direitos passíveis de serem lesados por ato da Administração Pública, em face do seu tardio reconhecimento. A concessão de tal medida, pois, está condicionada ao preenchimento dos requisitos do *periculum in mora* (possibilidade de não recomposição do direito diante da demora na prestação da tutela jurisdicional), e do *fumus boni iuris* (decorrente da plausibilidade do direito alegado).

A jurisprudência pátria vem admitindo a concessão de medida liminar, notadamente para garantir a participação em fase posterior do certame, devido à reprovação em fase anterior, questionada esta judicialmente através do Mandado de Segurança. Tal liminar, contudo, não tem o condão de assegurar a nomeação, caso o impetrante seja aprovado nas etapas subsequentes. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o colendo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. LIMINAR CONCEDIDA. APROVAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA. PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. FATO CONSUMADO: INEXISTÊNCIA. 1. **Liminar concedida tão-somente para participação na segunda etapa do certame. A aprovação no concurso não gera direito líquido e certo à nomeação e posse.** 2. O prazo de validade do concurso a que se submeteram os impetrantes tinha expirado quando foram nomeados candidatos aprovados em concurso subsequente. Hipótese em que não se dá a quebra da ordem de classificação vedada pela Súmula nº 15 do STF. 3. Não há falar em fato consumado, se a aprovação na segunda etapa criou mera expectativa de direito sem se verificar situação consolidada pelo tempo. Recurso ordinário não provido. (grifamos) (STF. ROMS n. 23.813-9DF, 2ª Turma. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julg. em 21/08/2001).

Por fim, e com base nestas breves explicações, conclui-se que a via do Mandado de Segurança poderá ser utilizada para assegurar direitos dos candidatos em etapas distintas dos concursos públicos, como o direito à isenção da taxa de inscrição para o hipossuficiente, o direito à exigência dos requisitos de habilitação para o cargo somente no ato da posse, o direito ao recurso administrativo, o direito de observância à ordem de classificação, dentre outros.

4.6.2 Da Ação Popular

A ferramenta Ação Popular, de titularidade de qualquer cidadão, está prevista expressamente no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, tendo o fim precípua de 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. Sua disciplina é dada basicamente pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Com efeito, uma vez que se trata de instrumento destinado à defesa dos interesses da coletividade, não se poderia cogitar a restrição de sua legitimidade ativa. A terminologia adotada decorre justamente desta premissa, de modo que o cidadão que se utiliza desta medida o faz em razão de um interesse que só lhe é extensível em decorrência da sua qualidade de membro da coletividade. Logo, o beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor, mas o povo. Constitui, pois, manifestação direta da soberania popular, prevista no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Destarte, a própria Carta Magna faz menção ao requisito da lesividade (ou potencialidade lesiva do ato), como indispensável à admissibilidade desta modalidade de Ação. Parcela da doutrina, no entanto, entende que tal lesividade está diretamente atrelada à ilegalidade do ato atacado, vez que, inexistindo esta última, não haveria que se falar também em lesão. Tal concepção, no entanto, deve ser vista com cautela.

Ocorre que, conforme já restou demonstrado durante este trabalho (v. Capítulo II, item 2) a experiência ensina que a conduta administrativa, por várias vezes, ainda que afeita à legalidade, pode configurar-se como inadequada em determinadas situações, acarretando danos de mais variada monta, dentre os quais a lesão ao patrimônio público ou à moralidade. Assim, temos que deve ser admitido o instrumento da Ação Popular, ainda que ausente a violação à legalidade.¹²

Ademais, a conduta administrativa que afronte o princípio da moralidade administrativa violará, por conseguinte, a legalidade em sentido amplo, entendida esta última não só como a violação às regras formais, mas, sim, a todo o direito acolhido no ordenamento jurídico. Assim, sempre que violados os princípios regentes da Administração Pública, teríamos como ferida também a

¹² Nesse sentido, veja-se: ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE. **Ação popular visa proteger, entre outros, o patrimônio público material, e, para ser proposta, há de ser demonstrado o binômio "ilegalidade/lesividade". Todavia, a falta de um ou outro desses requisitos não tem o condão de levar, por si só, à improcedência da ação.** Pode ocorrer de a lesividade ser presumida, em razão da ilegalidade do ato; ou que seja inexistente, tais como nas hipóteses em que apenas tenha ocorrido ferimento à moral administrativa. Não se pode presumir que o erário público tenha sido lesado por decreto concessivo de descontos substanciais para pagamento antecipado de impostos e que, embora declarado nulo, conte com o beneplácito do Poder Legislativo local, que editou lei posterior, concedendo remissão da dívida aos contribuintes que optaram pelo pagamento de tributos com os descontos previstos no decreto nulo. Na hipótese em que não cabe a presunção de lesividade apenas pela ilegalidade do ato anulado, não cabe condenação a perdas e danos, como previsto no art. 11, da Lei nº 4.717/65. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ. REsp. 479803/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. DJ 22.09.2006, p. 247)

legalidade em sentido amplo, em razão do que torna-se admissível o instrumento da Ação Popular.

Inobstante estas considerações, dita modalidade de Ação tem aplicabilidade no âmbito dos concursos públicos notadamente para combater eventuais ilegalidades que violem a isonomia e a moralidade concursais, enquanto bens afetos à coletividade, seja através de disposição constante do Edital, seja no trâmite do certame. Neste sentido, vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DA NULIDADE DA PROVA PRÁTICA DE INFORMÁTICA. A paridade de condições de concurso, além de ser regra do direito positivo, também o é do ordenamento moral. Admissível, portanto, a ação popular que, como a presente, vise a apurar a quebra da isonomia entre os candidatos que disputam o certame. (Apelação Cível nº 2002.72.00.013293-0/SC, Quarta Turma, DJU 10/09/2003, p. 1031).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POPULAR - CONCURSO PÚBLICO - PARTICIPAÇÃO DE PAIS NA COMISSÃO DE CONCURSO, EM QUE SUAS FILHAS SE ACHAVAM INSCRITAS - SITUAÇÃO FÁTICA COMPROVADA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS - PRESENTES OS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES A PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR, SUA PROCEDÊNCIA SE IMPÕE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - Apelação Cível: AC 1401403 Relator: Waldomiro Namur Julgamento: 30/09/2003 Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível Publicação: 20/10/2003 DJ: 6479)

AÇÃO POPULAR. Admissão em emprego público (autarquia estadual- DEPREC), sem prévia aprovação em concurso ou prova seletiva. Afronta aos artigos 37, II, da CF; 17 da Lei Estadual nº 1.561/51 e nº 1 e da Ordem de Serviço nº 1/87, do Governo do Estado. Ato lesivo ao patrimônio e à moralidade públicos. Ação julgada procedente. Recurso desprovido. Voto vencido. (AC 592101414, 2ª Câmara Cível, POA. Relator: Des. Armando Mário Bianchi. J. 25 de agosto de 1993)

Por fim, quanto à competência para processar e julgar a Ação Popular, determina-se pela origem do ato sindicado. Assim, nos casos em que a conduta seja atribuída à União, será proposta na seção judiciária competente da Justiça Federal. Se o ato impugnado for praticado pela Administração Pública direta e indireta de um dos Estados da Federação, a competência será da justiça estadual atribuí. Por fim, caso o ato querreado tenha sido praticado pelos órgãos do Município, a competência será do juiz da comarca a que o Município interessado pertencer.

4.6.3 Da Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública está prevista, a nível constitucional, dentre as funções institucionais do Ministério Público, e está destinada precipuamente à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme disposição do art. 129, inciso II. Sua disciplina é dada, basicamente, pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O alcance conceitual deste instrumento processual jurídico, entretanto, não pode ser aferido exclusivamente sob o ponto de vista subjetivo, ou seja, levando-se em conta tão-somente a titularidade do Ministério Público para sua propositura, tendo em vista que a própria Lei nº 7.347/85 confere, igualmente, legitimidade para a ação civil pública às entidades estatais, autárquicas paraestatais e às associações especificadas em seu art. 5º.

Em verdade, o que caracteriza a Ação Civil Pública é o objeto tutelado pela sua utilização, qual seja, a defesa de interesses metaindividuais. A Ação Civil Pública, pois, sobreleva-se como instrumento adequado para reprimir ou impedir danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 12, Lei nº 7.347/85). Note-se que este rol de bens tutelados não é taxativo, por força do que determina o art. 129, inciso III, da Carta Constitucional.

Nesta esteira, a ferramenta da Ação Civil Pública tem aplicabilidade direta no âmbito do controle jurisdicional dos concursos públicos, haja vista que é patente a existência de direito difuso não somente em relação à sua obrigatoriedade, instituída na norma do art. 37, II, da Constituição Federal, como também à correta condução do processo seletivo. Nesse sentido a lição de Tourinho (2008, p. 168-169):

[...] a Ação Civil Pública torna-se meio processual adequado para o Ministério Público não somente exigir a realização de concurso público, quando este se mostra necessário, como também impugnar certames realizados sem a correta observância dos princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, protegendo-se, assim, o patrimônio público moral do Estado. A ação civil pública também

poderá ser utilizada para desconstituir ato administrativo de enquadramento de servidor público em afronta ao Texto Constitucional, por consubstanciar defesa do patrimônio público e tutela do interesse difuso da coletividade à adequada gestão da coisa pública.

Questão que remete diretamente à utilização da Ação Civil Pública como instrumento de controle jurisdicional dos concursos públicos diz respeito à legitimidade do Ministério Público para pleitear direitos individuais homogêneos, definidos estes como aqueles relativos a um grupo de pessoas determinadas, que estão ligadas entre si por um fim comum.

Em verdade, tenho que a solução para a presente questão transpassa a linha do caráter subjetivo da Ação Civil Pública, devendo ser aferida unicamente através da relevância social do bem jurídico tutelado. Quando a norma refere-se à proteção de interesses difusos e coletivos não quer fazer menção tão somente à proteção de direitos afetos a todos os membros da sociedade, mas, também às hipóteses em que haja lesão, ou ameaça de lesão, ao interesse público, ainda que destinada a um pequeno núcleo cidadãos ligados por uma finalidade exclusiva, como ocorre com os candidatos em concurso público. Assim, a construção pretoriana pátria têm admitido ações civis públicas em proteção aos direitos individuais homogêneos, conforme se infere do aresto a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENSINO SUPERIOR. ISENÇÃO DE TAXA DE INSCRIÇÃO EM VESTIBULAR. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DE CARÊNCIA FINANCEIRA. **O Ministério Público Federal possui legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública com o escopo de defender interesses individuais homogêneos, quando tais direitos têm repercussão no interesse público, como é o caso dos autos, em que a matéria versada na lide diz respeito ao direito social à educação, expresso no art. 6º da Constituição.** Precedentes. A cobrança da taxa de inscrição no vestibular, que tem a finalidade de compensar os custos operacionais do processo seletivo, não conflita com o princípio da gratuidade do ensino público, desde que prevista a isenção do encargo aos candidatos comprovadamente carentes. Precedentes. Apelação da UFPA e remessa de ofício a que se dá provimento (Apelação cível nº 2000.39.00.012359-01 - PA. Rel. Des. Fagundes de Deus. Quinta turma. Data da decisão 12/02/2007).

Igualmente ao que ocorre na ação de Mandado de Segurança, já debatida no presente trabalho, admite-se aqui também a concessão de medida liminar, desde que devidamente comprovados os pressupostos do *fumus boni*

juris e periculum in mora. Aliás, a Lei nº7.347/93, no seu art. 4º, prevê a utilização da ação cautelar para evitar danos aos bens tutelados, na qual caberá também a concessão de medida liminar. Tal conclusão é óbvia, uma vez que a ação civil pública tramita nos moldes do procedimento comum, inclusive sendo-lhe aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil (art. 19, Lei nº7.347/85).

Os efeitos da sentença prolatada no âmbito da Ação Civil Pública serão *erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator, com exceção, por óbvio, dos pedidos julgados improcedentes por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, nos termos do art. 16 da Lei nº7.347/85. Nesse diapasão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DETERMINAÇÃO DE QUE FOSSEM RECALCULADAS NOTAS FINAIS DE CONCURSO PÚBLICO. EFICÁCIA *ERGA OMNIS*. PERDA DO CARGO. CONSTITUCIONALIDADE, ART. 41, PARÁGRAFO 1º, CF/88. 1- **A Lei nº 7.347/85, em seu artigo 16, consagrou hipótese de exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472, do CPC) ao estabelecer a eficácia *erga omnes* da decisão proferida nos autos de ação civil pública.** 2. O ato que torna sem efeito a nomeação de servidores públicos estáveis, com fundamento em decisão transitada em julgado proferida nos autos de ação civil pública, não incorre em inconstitucionalidade. Com efeito, nos termos do art. 41, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a perda de cargo de servidor estável deve ser determinada por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo. 3. Recurso ordinário improvido. (grifamos) (RMS 10839/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJ 28.05.2007, p. 400.)

A nosso ver, a Ação Civil Pública afigura-se como o mais eficaz instrumento de controle jurisdicional do Concurso Público, notadamente em razão do conhecimento jurídico detido pelo Ministério Público, enquanto ente legitimado para sua propositura. Tal instituição ministerial, pois, não pode esquivar-se de utilizá-lo, maiormente em vista das flagrantes arbitrariedades que se vem deflagrando pelo Poder Judiciário no âmbito dos certames seletivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual construção jurisprudencial incontestavelmente afigura-se como um enorme avanço no sentido de admitir-se a interferência do Poder Judiciário na conduta administrativa das Bancas Examinadoras em Concursos Públicos. No decorrer da presente explanação evidenciou-se não somente a possibilidade de controle dos atos administrativos vinculados, mas também a limitação ao poder discricionário, em defesa da esfera jurídica dos candidatos. O que se percebe é a decadência de um posicionamento conservador e incompreensível que se escudava na inviabilidade de um controle sobre os critérios de mérito adotados pela Administração Pública, em detrimento da inafastabilidade da fiscalização judicial.

O progresso jurisprudencial, contudo, não vem sendo acompanhado em igual ritmo pelo legislador pátrio, que, numa clara demonstração de teimosia, desinteresse e desconhecimento da atual realidade de nosso país, ainda se mantém passivo no que se refere à elaboração de normas regentes do processo concursal. É necessário evoluir também no campo da positivação das regras para, a partir de então, determos uma certeza jurídica acerca da conduta a ser adotada pela Administração Pública no âmbito dos Concursos Públicos.

Hodiernamente, a única certeza que se tem é a de que os certames seletivos devem pautar-se nos princípios da moralidade, publicidade, legalidade, impessoalidade e eficiência administrativa, fixados pelo art. 37 da Constituição Federal, sem embargo de outros não previstos expressamente, mas que igualmente devem guiar a atuação do Poder Público, como a razoabilidade e a isonomia.

Felizmente a postura, anteriormente majoritária na doutrina e jurisprudência pátria, no sentido de vedar, em toda e qualquer circunstância, a intervenção judicial nos critérios de elaboração e correção de provas de concursos públicos vem sendo paulatinamente desconstituída, em resposta à frequente ocorrência de arbitrariedades de toda monta, de modo que se começa a admitir a anulação de questões ou a revisão no julgamento dos recursos administrativos, outrora inabaláveis.

Ora, sob qualquer argumento poderíamos entender de maneira diversa. A garantia do Concurso Público, em última análise, é um direito que se estende a toda sociedade e também à própria Administração Pública, uma vez que dele decorrem tão-somente consequências benéficas, desejáveis pelo próprio Estado Democrático de Direito sobre qual nos assentamos.

Deixar ao livre arbítrio dos Administradores o encaminhamento dos processos seletivos dos servidores que integrarão sua própria estrutura, seria admitir novamente o risco de vermos a distribuição dos postos públicos baseada em critérios outros, que não o da qualificação e da igualdade de oportunidades. Tal prática, cabe acrescentar, deve ser de todo repelida, sob pena de recuarmos, na contramão da evolução social, a seleções consanguíneas ou econômicas.

É com arrimo neste temor que devem os cidadãos valer-se do Poder Judiciário em busca de um controle substancial e formal dos atos administrativos, competindo aos magistrados, no que lhes couber, agir no sentido de impor os devidos limites aos examinadores, exercitando de modo cada vez mais eficaz o controle de legalidade baseado nos princípios consagrados na atual Constituição da República Federativa do Brasil.

O importante, assim, é que Administração, examinadores, candidatos e magistrados tenham em mente as finalidades ínsitas dos Concursos Públicos, cristalizadas na seleção dos indivíduos que se mostrem mais capacitados ao desempenho da função pública, selecionados mediante um processo concorrencial que lhes garanta a igualdade de condições. Somente à luz destas premissas é que se garantirá a lisura dos Concursos Públicos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente, **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª. Ed., São Paulo: Editora Método, 2010
- BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo**. São Paulo: Edijur, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Objetividade e transparência nos concursos públicos** - *Rogério Schiatti Machado da Cruz*, Brasília – DF: 29 abr. 2009. Disponível em <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.23546>>. Acesso em: 23 nov. 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da, **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KELSEN, Hans. **Os problemas da Justiça**. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Regime Constitucional dos servidores públicos da administração direta e indireta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Fabrício. **Concurso Público e Constituição**. 1ª. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital. Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8035>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos Concursos Públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª. Ed. Malheiros Editores, São Paulo: 2006.

SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos concursos públicos**. São Paulo: Método, 2007.

TOURINHO, Rita. **Concurso Público no Ordenamento jurídico Brasileiro**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.