



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**SIMÃO PEDRO DO Ó PORFÍRIO**

**O MANEJO DO MANDADO DE SEGURANÇA**  
**EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Campina Grande-PB  
Maio de 2014

SIMÃO PEDRO DO O PORFIRIO

## **O MANEJO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para aprovação no Curso de Especialização em Prática Judicante promovido pela Escola Superior da Magistratura (ESMA) com a parceria da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Orientador(a) do TCC: Prof. Ms. Gutemberg Cardoso Agra de Castro

Campina Grande/PB  
Maio de 2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

P835m Porfírio, Simão Pedro do O  
O manejo do mandado de segurança em concursos públicos  
[manuscrito] / Simão Pedro do O Porfírio. - 2014.  
69 p.

Digitado.  
Monografia (Especialização em Prática Judiciária) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2014.  
"Orientação: Prof. Me. Guthemberg Cardoso Agra de Castro,  
Departamento de Direito Público".

1. Mandado de Segurança. 2. Controle Jurisdicional. 3.  
Concurso Público I. Título.

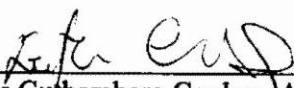
21. ed. CDD 347.077


**SIMÃO PEDRO DO Ó PORFÍRIO**

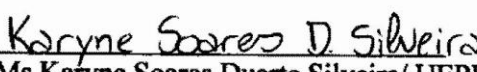
**O MANEJO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM  
CONCURSOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judiciante pela Universidade Estadual da Paraíba, em convênio com a Escola Superior da Magistratura, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Aprovado em 19/05/2014.

  
Prof. Ms Guthemberg Cardoso Agra de Castro/ UEPB  
Orientador

  
Prof. Ms Fábio José de Araújo/ UEPB  
Examinador

  
Prof. Ms Karyne Soares Duarte Silveira/ UEPB  
Examinadora

NOTA: 9,0(nove)

## RESUMO

O Concurso Público, diante do atual quadro democrático em que vive o Brasil, é requisito necessário ao preenchimento de vagas no Serviço Público, em razão do que, na condição de processo administrativo, deve obediência aos ditames principiológicos e legais a ele aplicáveis. Com efeito, deve-se destacar que o desenvolvimento do tema ora ventilado deve transpor necessariamente, a releitura dos limites do controle judicial sobre os atos da Administração Pública como condição primeira ao posterior entendimento de controle efetuado sobre os certames seletivos. O elemento histórico atua como fonte primordial na elaboração da norma positivada. Com base em tal pressuposto e sob a égide do histórico de golpes e desvios da conduta perpetrados pelos gestores públicos ao longo da evolução do Estado brasileiro, justificou-se a adoção de um sistema de controle jurisdicional sobre os atos do Poder Executivo. O primado mezinho proposto pelo art. 5, inciso XXXV, da nossa Carta Magna, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, deflagra o caráter impositivo do poder de correção e fiscalização jurisdicional sobre a prática administrativa, buscando-se assegurar, com isso, uma atuação afeiçoada aos princípios e regras conferidas pelo ordenamento jurídico. A efetividade deste controle, no entanto, caminha sobre a tênue linha de repartição dos Poderes. Desta forma, o cerne da questão levantada no presente trabalho reside na análise dos limites do controle jurisdicional, através do Mandado de Segurança, realizado sobre os atos administrativos praticados durante a realização do certame seletivo, sobretudo em relação ao praticados com arrimo na discricionariedade técnica assegurada às bancas examinadoras.

Palavras-chave: Concurso Público. Controle jurisdicional. Mandado de Segurança.

## ABSTRACT

The Public given the current democratic framework in which the lives Brazil, is a necessary requirement to fill vacancies in the Public Service, because of that, provided administrative process, must obey to principiological and legal dictates applicable to it. It must be emphasized that the development of the theme now ventilated must necessarily transpose rereading the limits of judicial review over acts of public administration as a first understanding the subsequent control performed on selective exhibitions condition. The historical element acts as a primary source in the preparation of the standard positively valued. With basic assumption and under the aegis of the history of coups and deviations from conduct committed by public officers during the evolution of the Brazilian state, justified the adoption of a system of judicial control over the acts of the Executive. The rule proposed by simple art. 5 , XXXV, of our Constitution, according to which no injury or threat to a right may be subtracted from the appreciation of the Judiciary, kick-starts the enforcing power of judicial review and correction of administrative practice, seeking to ensure, with so a fond principles and rules conferred by legal action. The effectiveness of this control, however, is walking the fine line of division of powers. Thus the crux of the issue raised in the humble work lies in analyzing the limits of judicial review by writ of mandamus, held on administrative acts while performing the selective event, especially with respect to prop practiced in the art with discretion assured the examiners.

Keywords : Public Tender. Jurisdictional control. Writ

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
1. CONCURSO PÚBLICO .....	8
<b>1.1 Pressuposto Legal</b> .....	08
<b>1.2 Princípios Atinentes ao Concurso Público</b> .....	09
<b>1.3 Princípios Constitucionais</b> .....	10
<b>1.4 Conceito</b> .....	12
2 O CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS CONCURSOS PÚBLICOS .....	133
<b>2.1 Etapas procedimentais dos Concursos Públicos</b> .....	144
<b>2.2 Das Hipóteses de Inexigibilidade Dos Concursos Públicos</b> .....	16
<b>2.3 Etapa Externa</b> .....	18
<b>2.4 Inscrições</b> .....	18
3 CONTROLE JURISDICIONAL DO CONCURSO PÚBLICO .....	20
<b>3.1 Disposições Gerais</b> .....	20
<b>3.2 Considerações sobre o Controle Jurisdicional Dos Atos Administrativos</b> .....	20
<b>3.3 Extinção dos Atos Administrativos Através dos Controles Administrativos e Jurisdicionais</b> .....	255
4 MANDADO DE SEGURANÇA .....	29
<b>4.1 Linhas Gerais</b> .....	29
<b>4.2 Conceito e Natureza Jurídica</b> .....	31
<b>4.3 Ato de Autoridade</b> .....	32
<b>4.4 Prazo para interposição</b> .....	33
<b>4.5 Partes</b> .....	34
<b>4.6 Litisconsórcio e Assistência</b> .....	35
<b>4.7 Competência</b> .....	36
<b>4.8 Inicial e Notificação</b> .....	38
<b>4.9 Liminar</b> .....	38
<b>4.10 Informações</b> .....	40
<b>4.11 Sentença</b> .....	41

<b>4.12 Cumprimento de Sentença</b> .....	42
<b>4.13 Recursos</b> .....	42
<b>4.14 Coisa julgada</b> .....	43
<b>5. ALGUMAS HIPÓTESES DE MANEJO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM CONCURSOS</b> .....	45
<b>5.1 Provas objetivas</b> .....	45
<b>5.2 Das Provas Discursivas</b> .....	49
<b>5.3 Provas Orais</b> .....	51
<b>5.4 Exigência de requisitos no ato da inscrição</b> .....	53
<b>5.5 Anulação de Questão de Concurso Público por repetição</b> .....	55
<b>5.6 Legitimidade Ad causam</b> .....	55
<b>5.7 Publicação Deficiente</b> .....	57
<b>5.8 Suspensão de Portarias de Nomeação</b> .....	59
<b>5.9 Vagas de PNES</b> .....	60
<b>5.10 Ocupação dos cargos públicos por servidores sem concurso, terceirizados ou contratados</b> .....	61
<b>5.11 Limitação do número de Aprovados</b> .....	63
<b>5.12 Existência de Cargos Vagos por Exoneração e Aposentadoria</b> .....	64
<b>5.13 Horário de realização da prova</b> .....	64
<b>5.14 Acumulação de Cargos</b> .....	65
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	67
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	68



## INTRODUÇÃO

Deixar ao talante dos Administradores e das Bancas Examinadoras de Concurso Público o encaminhamento dos processos seletivos que permitem o acesso ao cargo e/ou emprego público é admitir o risco de ter a distribuição destes com base em outros critérios que não os da igualdade ou da melhor qualificação, tais como aqueles decorrentes de relações consanguíneas ou socioeconômicas.

Tendo por base o respeito aos direitos fundamentais insitos na Constituição Federal, os cidadãos devem valer-se do Poder Judiciário em busca de um controle substancial e formal dos atos administrativos. Isto porque aos juízes, dentro de sua competência e desde que provocado, é assegurado o poder-dever de traçar limites aos examinadores de Concurso Público, de forma a resguardar os princípios constitucionais da moralidade e legalidade, bem como de tornar eficiente o controle de legalidade.

O avanço de parte da jurisprudência não vem sendo acompanhado em igual ritmo pelo legislador pátrio, que, indiferente ao número de concursandos, ainda se mantém inerte quando se fala de elaboração de normas regentes de certames públicos. Todavia, é inquestionável o poder de segurança jurídica que estas novas regras poderiam conferir à conduta adotada pela Administração Pública no âmbito dos certames públicos.

A única segurança que os concursandos possuem é de que os concursos públicos devem pautar-se nos princípios da moralidade, publicidade, legalidade, impessoalidade e eficiência administrativa, arrolados no artigo 37 da Constituição Federal, sem embargo de outros princípios distribuídos no corpo da lei maior, como a razoabilidade e isonomia.

Um dos instrumentos de controle de legalidade e do mérito mais eficazes que pode ser utilizado por quem presta concursos públicos é a impetração do Mandado de Segurança. Essa ação pode ser utilizada em diversos momentos durante a realização do certame até a posse dos aprovados. Devido ao aumento no número de concursos realizados no Brasil, cresceu igualmente sua utilização. Muitas dúvidas, incorreções e inovações promissoras são praticadas nestas ações mandamentais, no tocante ao concurso público, o que justifica sua escolha como objeto de análise.

A revisão bibliográfica debruçou-se sobre três grandes dimensões: um estudo percuciente sobre o instituto concurso público, sobre os aspectos do mandado de segurança e hipóteses de cabimento.

As três dimensões alhures citadas foram desdobradas em seis eixos teóricos:

a) No primeiro eixo teórico foram estudados aspectos relacionados ao concurso público. Esse é o meio em que está imerso o presente estudo, por conseguinte, assimilar as idiosincrasias do processo é de vital importância para se entender a utilização do mandado de segurança em seu âmbito.

b) Mandado de Segurança: como objeto do presente trabalho, faz-se necessário um estudo aprofundado. Por isto, ele foi desdobrado em dois eixos, o eixo dois abarca as linhas gerais da Lei do Mandado de Segurança. O eixo três foca aspectos materiais e processuais do citado remédio constitucional.

c) Hipóteses de Manejo: Sendo o manejo da ação citada o principal objeto deste trabalho, é importante tecer-se comentários sobre as situações em que são possíveis a sua utilização. No eixo teórico quatro se pontua os momentos em que se pode valer-se do Mandado de Segurança. Como é vasto o campo de atuação deste, o presente trabalho aborda casos que vão desde a realização da prova até a nomeação dos candidatos aprovados. No eixo teórico cinco são citadas doutrinas de escol, bem como jurisprudências que estão em consonância com o posicionamento do autor acerca das hipóteses de manejo da ação mandamental. No eixo teórico seis afirma-se as possibilidades e descreve-se os casos em que se pode ajuizar o Mandado de Segurança com a finalidade de se evitar o arbítrio e abusos perpetrados por agentes públicos quando da realização de um certame público.

## 1 CONCURSO PÚBLICO

O instituto em comento, em razão da competência legislativa concorrente entre os entes federados, tem por fundamento diversos diplomas legais, notadamente a Constituição Federal. Nessa senda, faz-se necessária uma análise detalhada do citado diploma legal.

### 1.1 Pressuposto Legal

A Constituição Federal, fonte do instituto Concurso Público, traz previsão expressa de sua exigibilidade para o provimento de cargos e empregos públicos, conforme artigo 37, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira; (...)

A União Federal institui normas gerais e os entes federados instituem normas específicas, logo, cada ente federado goza de ampla autonomia para dispor sobre a organização de seus serviços públicos e, com efeito, das formas de admissão de novos servidores. Nessa senda, não há empecilho para que qualquer ente federado legisle sobre a matéria pertinente aos concursos públicos, ressaltando, logicamente, o respeito à Constituição Federal e seus princípios.

A inércia legislativa, no tocante ao disciplinamento de normas gerais, dá ensejo ao aumento de uma margem de discricionariedade aos Administradores, o que, na maioria das vezes, traduz-se em atos abusivos das Bancas Organizadoras de Concursos Públicos. Tal

fato compromete a seriedade e a licitude pertinente aos processos seletivos, ocasionando transtornos aos administrados e um aumento no número de processos judiciais.

Os editais de certames não podem atuar como substitutos da lei, pois são elaborados, no mais das vezes, como natureza jurídica de regulamentos autônomos, já que não possuem respaldo em qualquer instrumento de índole legal, exigindo-se, portanto, o estabelecimento de normas gerais sobre os concursos públicos.

## **1.2 Princípios atinentes ao concurso público**

O termo princípio transmite a acepção de início, de começo. Porém, seu emprego agrega uma noção mais ampla e útil ao mundo do Direito. Os princípios apresentam-se como elementos formadores e orientadores das normas jurídicas; esteio e seta indicativa para a adequada compreensão do Direito.

Princípios, seguindo Silva (2006, p. 92), são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas “núcleos de condensações” nos quais são vistos bens e valores constitucionais. Como constituem preceitos gerais orientadores, funcionam como ferramentas supridoras das lacunas legais, devendo estar embutidas no íntimo dos aplicadores como guia do real sentido atribuível às normas.

O instituto jurídico Concurso Público recebe influência principiológica sob dois aspectos: um que justifica a sua criação, fundamentando-a e delimitando os objetivos almejados; outro que rege o seu desenvolvimento como processo administrativo seletivo.

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 baseia-se na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar posições estatais, de maneira que não se poderia conceber a distribuição desregrada de postos públicos em um Estado que acolha tal regime. O princípio isonômico determina a extensão do tratamento de modo equânime aos cidadãos, excluindo quaisquer formas de privilégio ou desfavorecimento de candidatos por parte da Administração Pública.

A isonomia pressupõe a igualdade e oportunidade no acesso a cargos e empregos públicos. Se por um lado o princípio democrático estende aos cidadãos a titularidade do poder, descentralizando a prática dos atos administrativos, por outro o princípio isonômico

trata de garantir a distribuição dos cargos públicos através de um procedimento que assegure a igualdade de oportunidade.

O princípio da igualdade sobre limitações de cunho social. Através deste se busca atingir a igualdade nas relações interpessoais que partem da premissa de que determinados indivíduos possuem características que os diferenciam dos demais, sejam eles vantajosas ou não.

O princípio do livre acesso aos cargos públicos trilha no princípio da igualdade, partindo do entendimento de que todo brasileiro tem constitucionalmente assegurado o direito de participação da Administração Pública, uma vez que não se pode recrutar cidadão segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer fatores que excedam à qualificação exigida para o desempenho de cargos públicos.

O princípio da eficiência deve ser entendido como instituidor da necessidade de selecionar os mais aptos a ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada. O princípio da eficiência nada mais exige dos agentes públicos do que o exercício de sua competência.

Aplicando-se os critérios estabelecidos para escolha dos futuros servidores, estes são suficientes para indicar aqueles que possuem maior capacidade técnica para a atividade a se desempenhada.

### **1.3 Princípios Constitucionais**

A Carta Magna, em seu artigo 37, prescreve a obediência da Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este último atua como justificador do instituto já que tem como objeto a contratação de agentes capacitados e aptos a desenvolver suas funções com o máximo de eficiência.

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 parâmetros os direitos e deveres prescritos por lei. Ponto que deve estar presente quando do estudo da legalidade aplicável ao concurso público.

É comum se afirmar que o “edital é a lei do concurso”. Sob este aspecto é que os parâmetros alusivos ao concurso não de estar previstos no Edital, não sendo admissível ato da Administração Pública que implique criação de novas exigências nele não previstas.

Com efeito, sendo o edital do concurso espécie de ato administrativo, deve-se obedecer a legislação. Desta forma, inobstante o fato de que o edital ter por escopo regular o certame seletivo, atuando como lei entre as partes, sofre também limitação legal, não podendo rever qualquer exigência ou liberalidade em desacordo com os ditames aplicáveis.

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

Nos termos do art. 37, inciso II, da Carta Magna os requisitos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas devem ser estabelecidos em lei. Portanto, as exigências sejam documentais, inclusive habilitações específicas, testes físicos, exames psicotécnicos, tempos de experiência, dentre tantas outras, somente podem ser impostas por meio de lei formal, à qual o edital deve respeitar estritamente. A lei a que se refere a Carta Magna é de competência do ente político responsável pela criação do cargo, emprego ou função pública.

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

Quando se fala em concursos, o princípio supracitado garante a adoção de critérios ligados ao desempenho da função administrativa destinada ao novo servidor, ausentes quaisquer pressupostos individuais que possam gerar favorecimento em detrimento do bem coletivo.

De acordo com o princípio da moralidade administrativa não basta ao administrador o cumprimento da legalidade, deve sua atuação se coadunar com o respeito ao senso de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, dignidade do ser humano, boa-fé, trabalho e ética das instituições. O princípio da moralidade está intimamente ligado à ideia de probidade. Os atos administrativos devem guardar consonância com tal preceito, sob pena de enquadrar-se nas disposições do art. 37, § 4º da CF.

A publicidade abrange toda atuação estatal, não só no aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também objetivando o conhecimento das condutas internas de seus agentes. O princípio em comento se aplica aos Concursos Públicos desde suas etapas iniciais até a conclusão, por meio de inserção dos atos no Diário Oficial, por exemplo.

A publicação do edital torna explícitas as regras que nortearão o relacionamento entre a Administração e os candidatos. Daí decorre a necessária observância bilateral, na qual

o Poder Político exhibe as suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas estando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações.

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

O princípio da razoabilidade, de aplicação obrigatória durante a realização do certame, delimita a proporcionalidade entre os meios e fins de quaisquer atos administrativos. Com efeito, o princípio 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 coadunar-se com a futura atividade a ser desempenhada, não sendo, por óbvio, admissível a exigibilidade de quaisquer outros requisitos inúteis.

#### **1.4 Conceito**

O Concurso Público estabelece repartição de patrimônio público, estabilidade e continuidade nos serviços públicos. Meireles (2003, p. 221) diz que o concurso público é meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento dos serviços públicos e, ao mesmo tempo, propiciar meras oportunidades a todos os interessados que atendam aos requisitos legais.

Nesse diapasão, este trabalho conceitua o Concurso Público como sendo o processo administrativo externo, amplo e concorrencial, por meio do qual o Poder Público seleciona melhor candidato, dentro dos requisitos legais, com vistas à moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público.

## 2 O CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS CONCURSOS PÚBLICOS

O sistema constitucional pontua dois tipos de controle das atividades administrativas. Um interno, ou controle administrativo, que decorre do princípio da autotutela, implícito na Constituição Federal e expresso no art. 53 da Lei nº 9784/99, através do qual se impõe à autoridade competente dever de analisar a conveniência, oportunidade e legalidade dos seus próprios atos. Outro externo, exercido por determinado poder sobre os atos praticados pelos demais.

A autotutela, acima descrita, é pressuposto para se anular, convalidar e, ainda, o poder de revogar atos administrativos, conforme expresso no art. 53 da Lei Federal nº 9.784/99 e Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal - STF. A tutela é poder finalístico dos atos das entidades da Administração Indireta pelos órgãos centrais da Administração Direta. Funda-se no controle da conveniência e adequação dos atos praticados pelos órgãos e entidades da Administração Indireta sob a égide da discricionariedade.

O controle administrativo durante a etapa interna dos Concursos Públicos deflagrados pela Administração Indireta é mediante tutela administrativa, por órgãos autônomos da Administração Direta, que realizará controle finalístico. É possível a existência da autotutela, pois os órgãos da Administração Indireta submetem-se à fiscalização por seus próprios órgãos internos. A autotutela na Administração Central é pelo controle hierárquico.

A fase externa dotada de múltiplas relações jurídicas, emanadas do vínculo de cada candidato com a Administração Pública, acarreta implicações de natureza prática ou concreta; já eventuais nulidades atingem todo o procedimento ou apenas algumas relações jurídicas que compõe sua estrutura.

Na fase de homologação do Concurso Público, a autoridade procederá ao controle de mérito e de legalidade de todo o processo seletivo. O Controle Administrativo estende-se por todas as etapas do procedimento, de modo a sanar, qualquer nulidade surgida.

Dentro do controle administrativo, há que se fazer remissão ao Recurso Administrativo. Este tem sua base na ampla defesa e no direito de petição 5º, LV, XXIV “a”. Ele é pedido de reforma de decisão anteriormente proferida pelo agente administrativo, dirigido ao superior hierárquico imediato.



O recurso supracitado deve ser motivado, pois servirá de substrato para que a Administração Pública reveja seus próprios atos. Também servirá para que o cidadão afira a legalidade do ato e se convença da possibilidade de recursos.

Quanto aos efeitos, pode-se afirmar que ele pode ter efeito devolutivo e suspensivo. Em decorrência da existência de relações múltiplas entre Administração Pública e os candidatos, o resultado dos recursos poderá resultar prejuízo aos concorrentes e a Administração Pública, por isso os recursos possuem genuíno efeito suspensivo.

Felizmente, posições jurisprudenciais recentes, contrapondo posicionamentos jurisprudencial e doutrinário conservadores, consistem em importantes instrumentos no sentido de admitir a interferência judicial na esfera administrativa das Bancas Examinadoras de concursos públicos. Ao longo deste estudo pugna-se não somente pela possibilidade de controle dos atos administrativos, mas principalmente a limitação do poder discricionário, em respeito aos direitos fundamentais dos candidatos a cargos no serviço público.

## **2.1 Etapas procedimentais dos Concursos Públicos**

O concurso público não se perfaz em único ato administrativo, porquanto se tratar de verdadeiro procedimento, mas um conjunto concatenado de atos organizados em relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade de preparar o ato final de consecução do exercício do poder, que é a contratação de servidores.

A etapa interna consiste na preparação do estabelecimento das regras aplicáveis ao processo seletivo, já que se destina à prévia análise da necessidade, oportunidade, conveniência e adequação da contratação de novos servidores, de acordo com a capacidade estatal de instituir novos postos de emprego/cargo.

Portanto, as solenidades exordiais à realização do certame referem-se à necessidade de previsão orçamentária, designação do órgão ou entidade responsável pela execução e escolha da Banca Examinadora. Neste sentido, a contratação e admissão de novos servidores estão condicionadas à previsão orçamentária, conforme o artigo constitucional, *in verbis*:

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: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Extrai-se, portanto, que a dotação orçamentária é imprescindível à contratação e admissão de novos servidores, não para realização de concurso público, já que este é preparatório para o ato de provimento final. Basta, por isso, que a Administração assegure que haverá disponibilidade orçamentária caso haja nomeação de aprovado durante a validade do concurso.

Quando à execução do concurso público, a critério da Administração Pública é possível se proceder de forma direta, pelo próprio ente, ou indiretamente por meio de instituição contratada para tal fim. Em regra, uma contratação de serviços de realização de certame deverá ser precedida de licitação, salvo na hipótese do artigo 24 da Lei 8.666/90, que assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:  
(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Assim, se a Administração Pública entender, dentro do juízo de conveniência e oportunidade, que uma instituição brasileira, como acima foi descrita, é capacitada para realizar um certame público, é possível a dispensa da licitação. Todavia, realizando-se licitação, por se tratar de execução de serviço público com fim determinado, e pago mediante preço público, resta clara a delegação de serviço público mediante concessão.

Quanto à execução do certame público, tem-se a necessidade de contratar Banca Examinadora que terá autonomia administrativa, técnica e científica para a execução de

atividade relacionada à seleção e recrutamento de pessoal. Ressalte-se que sua composição deverá observar as regras de impedimento e suspeição de determinadas pessoas.

## **2.2 Das Hipóteses de Inexigibilidade Dos Concursos Públicos**

Na esteira da Súmula 231 do Tribunal de Contas da União, TCU, é exigido concurso público para admissão de pessoal da Administração Indireta, nela compreendidas as autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, bem como entidades controladas direta ou indiretamente pela União, ainda que com objetivos estritamente econômicos em regime de competitividade com a iniciativa privada.

Impende mencionar que a CRFB/88 fixa as seguintes hipóteses de inexigibilidade: nomeações para cargos em comissão, contratação temporária para atender excepcional interesse público, nomeações para determinados cargos vitalícios, promoção vertical, aproveitamento no serviço público de ex-combatentes de guerra e admissão excepcional de profissionais qualificados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

A primeira hipótese se destina à nomeação para funções de confiança, que se destinam às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Semelhantemente à função de confiança, em que a CRFB/88 exige que o ocupante seja titular de cargo efetivo, é possível que a lei imponha requisitos à nomeação para cargos comissionados.

É certo que a confiança atribuída ao agente nomeado deve advir de sua capacidade e qualificação para o desenvolvimento da função pública, mas não em razão de ordem particular, o que privilegiaria a relação prévia de intimidade em detrimento do critério de merecimento.

Quanto a segunda hipótese, extrai-se a necessidade de a Administração Pública prevenir-se contra infortúnios que possam acarretar a descontinuidade de serviços públicos. Para tanto, a CRFB/88 estabelece as situações que autorizam a contratação temporária, especialmente existência de lei formal (cada ente federado pode editar); taxatividade (exclui a possibilidade de contratação por prazo determinado, até mesmo por analogia); e tempo de contratação por prazo determinado, proporcional e razoável, sob pena de configurar-se um desrespeito à exigência do concurso público.

Devido à natureza jurídico-política de determinados cargos pela necessidade de representação de membros de diversas carreiras ou atividades jurídicas, a CRFB mitiga a

exigência do concurso público para cargos vitalícios, a exemplo da investidura de Advogados e Membros do Ministério Público pelo 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 STF (art. 101, parágrafo único).

Espécie de provimento derivado, aplicável a agentes públicos integrantes de carreira escalonada, a promoção vertical constitui exemplo de hipótese e de inexigibilidade de concurso público. Isto ocorre, *v.g.*, com 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), todos previstos na CRFB/88.

Há a possibilidade de aproveitamento no serviço público de ex-combatentes de guerra, independente de prévia aprovação em concurso público, conforme o art. 53, I, do ADCT, *in verbis*:

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;  
(...)

Por ser norma de exceção, a interpretação deve ser literal e restrita. Logo, o benefício estipulado se estende aos ex-combatentes que efetivamente hajam participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, afastando-se a aplicabilidade quanto à outras modalidades de participação ou atividades.

A razão de tal norma está insculpida no ADCT. É que em 1988 os possíveis ex-combatentes ainda possuíam capacidade laboral, embora o direito de aposentadoria estivesse eminente. Com efeito, hoje, passados quase setenta anos do fim da Segunda Guerra Mundial, a norma tem aplicabilidade reduzida, sendo, praticamente, norma exaurida.

Mello (2013) chama a atenção para última modalidade de inexigibilidade da ocorrência de concurso público, pois as Empresas Estatais exploradoras de atividade econômica, para não perderem espaço no mercado, procedem à contratação de profissionais qualificados. Tal contratação deve-se ao princípio da eficiência administrativa.

### **2.3 Etapa Externa**

O concurso público é iniciado com o correspondente edital e se estende até a homologação do resultado final pelas autoridades competentes. O edital convoca os interessados em concorrer e dar ciência à coletividade da existência de cargos a serem ocupados na Administração Pública, como também estabelece as regras que serão aplicadas durante o certame.

O lançamento do edital deve ser revestido de ampla divulgação. É possível que suas disposições sejam passíveis de impugnação na via administrativa, em vista do direito de petição ao Poder Público, seja para defesa do direito ou contra ilegalidade ou ato abusivo de poder (art. 5<sup>a</sup>, XXXIV, a, CRFB), quer judicialmente ou por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis.

Há certa discricionariedade da Administração Pública quanto à feitura do edital, pois ela pode escolher as matérias que serão abordadas no certame, as datas, os locais e realização de prova.

Por outro lado, muitos juristas entendem que com a publicação do edital se finda a discricionariedade da Administração Pública durante o processo seletivo, tendo em vista o princípio da vinculação deste ao edital. O que não é correto, pois a Administração terá oportunidade de escolher (logo, com discricionariedade) o conjunto de questões objetivas, subjetivas e orais que selecione a melhor opção ao serviço público.

Ressalte-se que qualquer alteração no edital deverá ser motivada e amplamente divulgado o edital de retificação, com implicações sobre atos e fatos futuros, bem como que assegure ao candidato lapso temporal propício às adaptações que se façam necessárias.

### **2.4 Inscrições**

O ato de inscrever-se significa a declaração voluntária de que deseja participar do certame. A efetivação participação está condicionada à homologação da inscrição pela autoridade administrativa competente. Em atenção ao princípio da eficiência administrativa, o candidato que não apresente no ato da inscrição as condições mínimas para assumir o cargo poderá ter sua inscrição vetada, o que não dispensa motivação.

Com a inscrição, os dados pessoais fornecidos são convalidados e homologados pela autoridade competente, o que não implica aceitação das normas constantes no edital,

pois é possível seu questionamento pela via administrativa e jurisdicional. Além disto, não há direito adquirido à participação no certame, porquanto seja facultado à Administração Pública, observado os critérios de necessidade, adequação, oportunidade e conveniência, declarar que não vai realizar o Concurso Público.

A entrega do resultado final não significa o encerramento do processo seletivo. O próximo passo é a homologação, em que se verifica a existência de vícios de legalidade, até mesmo aqueles sanáveis de ofício pela própria Banca examinadora. Caso seja encontrada ilegalidade insanável, esta deverá ser decretada e anulado o certame; ou, inclusive, pode haver revogação diante da superveniência de fato que atenta contra o interesse público.

## 3 CONTROLE JURISDICIONAL DO CONCURSO PÚBLICO

### 3.1 Disposições Gerais

Feitas as considerações pertinentes sobre o Concurso Público, tem-se estabelecidas as bases jurídicas e principiológicas para que se compreenda o papel do Poder Judiciário, como *ultima ratio*, nos atos perpetrados durante o processo seletivo que tem como escopo a contratação de servidores.

Faz-se necessária uma discricção dos entendimentos legais e jurisprudenciais relativos ao controle das fases procedimentais do Concurso Público, especialmente no tocante ao adequado controle judicial das modalidades de provas que compõem os certames.

O controle jurisdicional favorece não só os administrados, mas também a Administração Pública, pois é do interesse estatal ver o restabelecimento da normalidade jurídica recomposta diante da perturbação feita pelos seus agentes. O referido controle é feito mediante provocação de interessados para solucionar questões contenciosas.

O controle jurisdicional de atos discricionários não é aceito por boa parte da doutrina e da jurisprudência, porém, faz-se necessária tal controle para que se mantenha o respeito pela tripartição dos Poderes. Ademais, tal intervenção judicial se faz pertinente quando se está diante de agressões estatais praticadas contra direitos fundamentais.

### 3.2 Considerações sobre o Controle Jurisdicional Dos Atos Administrativos

Agora, passa-se às linhas gerais acerca do controle efetuado pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, com o fito de fundamentar o manejo da ação mandamental. Para isto, pontuar-se-á a essência dos atos administrativos, desde os pressupostos básicos de constituição até a produção de seus efeitos para, ao final, verificar-se as hipóteses de sua desconstituição, dentre as quais está inserido o controle jurisdicional.

Os atos administrativos, que são espécie do gênero atos jurídicos, são 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 jurisdicional.

Parte da Doutrina entende que o silêncio administrativo deve ser tido como prática de ato administrativo. Embora gere efeitos jurídicos, no silêncio da Administração não há qualquer manifestação formal de vontade, não há qualquer declaração do agente sobre sua conduta, ocorre, pois, um fato jurídico. Neste sentido, a existência de vontade importa a afirmação de ato em razão da necessidade de excluir-se o silêncio administrativo como uma espécie de ato.

O ato administrativo aperfeiçoa-se somente quando praticado por sujeito capaz e competente. Na seara do direito civil, a capacidade é atributo pertinente aos entes com personalidade jurídica, titulares de direitos e deveres. Partindo-se desta ideia, pode-se afirmar que a capacidade para a prática de atos administrativos pertence às pessoas públicas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

A competência 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 prerrogativa considerar-se-ão nulos. Carvalho Filho (2012, p.81), para quem a caracterização do ato administrativo vincula-se à prática por agentes da administração ou delegatários, que sujeitos cuja manifestação volitiva está vinculada à Administração Pública, *in verbis*:

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 sociedade 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 considerados 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 autônomos (SESI, SENAI, etc.). Averka-se, porém, que, fora do exercício da função delegada, tais agentes praticam negócios e atos jurídicos próprios das pessoas de direito privado.

O Poder Público 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 certames 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 administrada sem deixar margens para o arbítrio dos administradores. Não são cabíveis quaisquer manifestações subjetivas.

Atos discricionários são aqueles a que a lei oferece certa margem de liberdade para a 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. Di Pietro (2013, p.206) afirma:

(...) a discricionariedade justifica-se, quer para evitar a automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, que para supor a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que 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.

A discricionariedade não quer dizer que há uma total autonomia do administrador perante a lei. Sabe-se que o ato administrativo é composto por cinco elementos, quais sejam sujeito, forma, finalidade, objeto e motivação.

Dentre os elementos, sujeito, forma e finalidade serão sempre vinculados, uma vez que deva ser praticado por quem é competente, obedecidas as solenidades legais, com vistas ao interesse público (finalidade ampla) e o fim específico (finalidade estrita). O objeto e motivação, que são o mérito administrativo, constituem o campo de atuação da discricionariedade, quando esta é permitida, e desde que respeitado o interesse público. Afirma Di Pietro (2013, p. 207) que a finalidade dos atos administrativos, neste último caso, é em sentido amplo e que isto é o que permite a discricionariedade:

(...) 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 carga de discricionariedade 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, é alta.

A manifestação da vontade acerca do motivo está inevitavelmente ligada a fatores de natureza fática ou jurídica, de modo que não se admite a prática de atos sem que se possa delimitar racionalmente a razão de ordem externa capaz de impulsioná-lo. Portanto, este antecede à prática do ato, podendo ou não estar vinculado à lei. Di Pietro (2013, p. 252) exemplifica as hipóteses de discricionariedade quanto ao motivo, veja-se:

O motivo será discricionário quando: 1ª) a lei não o definir, deixando ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para o cargo de provimento em comissão (exoneração ad nuttum); não há qualquer motivo na lei para justificar a prática do ato; 2ª) 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 praticas “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem.

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, que não é arbitrariedade, quando restarem diversos resultados admitidos perante o ordenamento jurídico vigente, cabendo ao agente sua escolha.

Do exposto, conclui-se que a prática administrativa pode revestir-se de maior ou menor rigor legal, sendo preponderante para determinar-se a possibilidade de controle, seja por meio judicial, seja através da própria Administração Pública.

É princípio jurídico básico, assegurado constitucionalmente, a inafastabilidade da jurisdição. Com efeito, 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 vinculado ou discricionário.

Portanto, a maior ou menor necessidade de vinculação dos atos administrativos à lei determinará a extensão do controle a ser realizado pelo órgão judiciário. Os atos vinculados somente se submeterão ao controle jurisdicional quando escapar dos padrões legais.

Um controle mais contundente sobre os atos perpetrados sob o pálio da discricionariedade faz referência à margem de liberdade legal dada ao agente para perscrutar

o mérito administrativo na prática de seus atos, com vistas aos critérios de conveniência e oportunidade, e com tutela à finalidade pública.

Há discricionariedade assegurada no âmbito legal, mas não no caso concreto, já que há situações em que, embora haja previsão *in abstracto* na norma de variadas medidas aplicáveis, apenas uma delas será admissível como propícia a atingir a finalidade pública.

As explicações para tal fenômeno são claras, pois se a lei não pontuou 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.

Com efeito, para concretizar a lisura do ato não basta afirmar-se que este ato foi praticado com fundamento na discricção assegurada legalmente, já que é preciso que se constate também a adequação da conduta administrativa ao caso concreto. Neste sentido, Mello (2013, p. 822):

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 da possibilidade em abstracto abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e diferente para como a finalidade da norma aplicada. Em consequência dessa avaliação o Judiciário poderá concluir em despeito de estar em pauta providencia tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo a toda evidência a providencia 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 imuniza-lo da censura judicial.

O campo da discricionariedade persiste apenas nos casos em que seja impossível reconhecer-se de maneira incontroversa qual seja a melhor conduta a ser adotada; em contrário, a atuação estará vinculada. A lei, embora o faça por meio de conceitos vagos ou imprecisos, tem por escopo delimitar os motivos determinantes para a prática dos atos administrativos e a finalidade a ser atingida por estes.

A atividade administrativa está subordinada ao cumprimento de interesses traçados fora do âmbito administrativo, já que instituído pelo Legislativo. Ausentes motivos ou não satisfeitos a finalidade que justificou a atividade administrativa, não resta atingida a relação correta entre o ato e a lei, o que provoca sua invalidade.

O controle jurisdicional dos atos administrativos se dá a partir da análise da fidelidade do ato à lei investigando seu motivo e finalidade. Não se defende a ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública já que o controle jurisdicional não elimina a discricionariedade administrativa, se limita a aferir sua adequação às determinações legais.

### **3.3 Extinção dos Atos Administrativos Através dos Controles Administrativos e Jurisdicionais**

A Administração Pública pode extinguir seus próprios atos através do poder de autotutela. O Poder Judiciário pode extinguir os atos administrativos quando estes ferirem a lei, sem entrar no mérito administrativo, desde que haja provocação do interessado. O certo é que do exercício destas modalidades de controle poderão resultar a anulação, revogação e a convalidação dos atos administrativos, conforme entendimento firmado pelo STF na Súmula de nº 473, *in verbis*:

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.

Há outras formas de extinção dos atos administrativos, por exemplo, exaurimento dos efeitos do ato administrativo ou desaparecimento do sujeito ou do objeto, já que nesta modalidade a extinção independe de qualquer forma de controle, e avaliação da extinção dos atos ineficazes já que eles sequer produzem efeitos enquanto não concretizadas as condições futuras.

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

A anulação dos atos administrativos consiste no seu desfazimento em decorrência da ilegalidade. O ato atacado será inválido, pois foi editado em desconformidade com o Ordenamento Jurídico. Logo, ele poderá ser extinto pela Administração Pública com base na autotutela, conforme a Súmula supracitada, bem como pelo Poder Judiciário. A anulação possui efeitos *ex tunc*, retroage e alcança o ato desde seu início para o declarar inválido, com vistas a restaurar a situação vigente anteriormente à sua edição.

Na seara doutrinária discute-se se a anulação dos atos administrativos possui caráter vinculante ou discricionário. Os que defendem a obrigatoriedade para a

Administração de anular quaisquer atos ilegais o fazem por apego ao princípio da legalidade. Parte da Doutrina defende que a mera faculdade para o Poder Público anular atos ilegais dos quais decorram efeitos favoráveis, o fazem por apego ao princípio da preponderância do interesse público.

A anulação dos atos administrativos não tem caráter absoluto. O simples ato de ser o ato invalidado por vício de ilegalidade não basta para a sua anulação. Ademais, a invalidação deve preencher outros requisitos como ser precedido de contraditório sempre que implicar em repercussão direta na esfera individual do beneficiário do ato, art. 5, LV, CRFB.

As particularidades ligadas aos atos administrativos, especialmente em decorrência do interesse público que pode ser atingido pelos seus vícios, existem para conferir certas dicotomias doutrinárias acerca do aproveitamento dos atos administrativos ilegais. Nesta, aplica-se a Teoria das Nulidades do Direito Privado (arts. 166 e 171 do Código Civil), que trata das nulidades absolutas e relativas, aquelas não podem ser sanadas, estas sim.

Gasparini (2012, p. 1123) não admite 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, *in verbis*:

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

Por outro lado, o presente segue tese contrária, que é defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo (1960, apud DI Pietro, 2003, p.233), acompanhado por Antonio Carlos Cintra do Amaral, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello:

Será nulo quanto à capacidade da pessoa que praticou 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 deixa de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para 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 tal somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação.

Em atenção aos princípios da economicidade e da supremacia do interesse público deve ser admitidas determinadas irregularidades sempre que o ato administrativo irregular produza seus efeitos, desde que não atentem contra o interesse público nem tenham sido praticados com dolo contra a Administração.

Não se admite a tese de que as nulidades relativas sejam passíveis de reconhecimento apenas por meio de provocação do interessado, já que cabe à Administração Pública, dentro do poder de autotutela, decretar a nulidade dos atos administrativos, seja absoluta ou relativa, em respeito à legalidade administrativa.

Verificada a nulidade, a Administração Pública, mediante avaliação de mérito, averiguará a gravidade do ato e poderá optar ou não pela manutenção do ato, assegurando a análise pelo Poder Judiciário.

Quanto ao exame do motivo, tanto o erro de direito quanto o de fato dão ensejo à atuação estatal. O exame dos motivos formadores da convicção administrativa, seja quanto à idoneidade ou substância, não deve escapar do exame jurisdicional.

A revogação consiste no ato administrativo discricionário praticado pela própria Administração Pública que extingue o ato perfeito, válido e eficaz, com base nos critérios de oportunidade e conivência, respeitando os efeitos por ele produzidos. Como a edição do ato foi dentro da normalidade legal, o Poder Judiciário não poderia corrigi-lo. Ademais, como a revogação se dá em atos válidos, perfeitos e eficazes a produção de seus efeitos é *ex nunc*, ou seja, não retroage no tempo.

A revogabilidade é relativa. Há atos que por sua natureza são irrevogáveis. Dentre estes, os atos vinculados, os atos que já tenham produzidos 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 STF. Com efeito, Di Pietro (2013) considera que também não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato corre a preclusão com relação ao ato anterior.

Como a natureza do concurso público é de procedimento administrativo, pode-se exemplificar o dito acima com o seguinte exemplo: a Administração Pública homologou a inscrição de um candidato ao cargo de Assistente Jurídico, sem a necessidade da comprovação de inscrição na OAB; posteriormente entendeu que essa inscrição era importante para o desempenho da função, embora não necessária à aplicação das provas. e

revidu sua posição, revogando o ato de homologação de inscrição de quem não tinha tal inscrição. Neste caso, será impossível tal revogação pela preclusão ocasionada pela realização da prova.

A qualquer momento serão passíveis de extinção os atos ilegais, por meio da anulação pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração, não se permitem é a revogação de atos integrantes de procedimentos administrativos já praticados, sob a alegação de que se tornaram inconvenientes ou inoportunos. Com efeito, tutela-se a impossibilidade de revogação dos atos que já exauriram seus efeitos.

## 4 MANDADO DE SEGURANÇA

### 4.1 Linhas Gerais

A Lei 12.016 de 07 de Agosto de 2009 foi fruto do trabalho da Comissão de juristas constituída pela Portaria nº 634, de 23 de outubro de 1996, presidida pelo Professor Caio Tácito e da qual foram relator e revisor, respectivamente, o Professor Amoldo Wald e o Ministro Carlos Alberto Direito.

O *writ* foi introduzido no direito processual pela Carta Política de 1934. A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 o regulamentou de modo sistemático. Evidenciou-se a necessidade de atualizar a legislação sobre a matéria, considerando-se as modificações constitucionais acerca do tema e as alterações legais que sofreu. O Mandado de Segurança gerou ampla jurisprudência sobre seus mais variados aspectos, que está sedimentada em súmulas dos tribunais.

Nesse diapasão, a lei promulgada deu maior coerência ao sistema legislativo, facilitando o conhecimento do direito vigente aos profissionais da área e ao cidadão, mediante a atualização, por consolidação em diploma único, de todas as normas que regem a mesma matéria.

Muitas das inovações insculpidas pela Lei nº 12.016/2009 foram conquistas jurisprudenciais, por exemplo, impetração contra decisões disciplinares e por parte de terceiro contra decisões judiciais, bem como a adequada defesa pública, de modo a oferecer ao Poder Judiciário os elementos necessários a julgamento imparcial, com a preservação dos interesses do Tesouro Nacional.

Ao conceituar o *writ* e definir o seu campo de atuação, a citada Lei manteve, em linhas gerais, o direito anterior, indicando como destinatário qualquer pessoa física ou jurídica, em garantia de direito líquido e certo.

Equipara ao conceito de autoridade os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades da administração descentralizada e delegada, excluídos, contudo, do âmbito do instituto, os atos comerciais de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionários de serviços públicos (art. 1º, § 2).

No caso de urgência da impetração e da comunicação da decisão, a proposta admite o uso de fax e de outros meios eletrônicos de autenticidade comprovada, adotando o disposto nos arts. 42 e 43 da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999.



De acordo com a jurisprudência dos tribunais, o Mandado de Segurança é cabível contra sanções disciplinares ou, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, após sua notificação judicial ou extrajudicial. Igualmente calcado na doutrina e na jurisprudência, a lei considera autoridade coatora a que praticou o ato e aquela de quem emanou a ordem. Se suscitada pelo indicado coator a ilegitimidade passiva, admite-se a emenda da inicial no prazo de dez dias.

Para que a pessoa jurídica de direito público interessada possa apresentar a defesa de seu ato, é necessário que esta receba cópia da petição inicial, extraída dos autos pelo cartório, sem documentos, sendo-lhe facultado o ingresso no feito (art. 7º, inciso II). Tal medida já era utilizada em alguns Estados e se justifica em virtude das determinações da Constituição vigente, que separaram as funções do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União.

A Lei nº 12.016/2009 arrola as restrições impostas em leis especiais, que, em determinados casos, vedam tanto a concessão da medida liminar como a execução da decisão antes de seu trânsito em julgado. Também está prevista a possibilidade de o juiz exigir garantia do impetrante para que possa ser concedida liminar.

Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, são mantidos até a prolação da sentença, dando-se prioridade aos feitos nos quais tenha sido concedida. As vedações relacionadas com a concessão de liminares estendem-se à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (art. 7º, § 5º).

Na hipótese de paralisação do andamento do processo, por culpa do impetrante, ou omissão de atos ou diligências a seu cargo, a Lei prevê que seja decretada a preempção ou caducidade da medida liminar (art. 8º).

A fim de assegurar a adequada defesa da Administração, a proposta determina que a autoridade coatora remeta ao Ministério ou ao órgão ao qual está subordinada e à Advocacia-Geral da União ou entidade local correspondente o mandado notificador com as informações cabíveis.

Os casos de indeferimento da petição inicial e do recurso cabível são esclarecidos, de modo adequado, assim como o momento até o qual será admitido o litisconsórcio ativo, a fim de respeitar o princípio do juiz natural (art. 10, § 2º). Decorrido o prazo para que o coator preste as informações e a entidade, querendo, apresente a sua defesa, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, se a matéria for de interesse público ou social, com o prazo improrrogável de dez dias, para opinar.

Em seguida, o processo será conclusivo, com ou sem parecer, para que o magistrado profira sentença, no prazo de trinta dias (art. 12, parágrafo único). A Lei assegura à autoridade coatora o direito de recorrer, matéria ainda controversa na jurisprudência (art. 14, § 2º).

A Lei prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público solicitar a suspensão de medida liminar, ou sentença, ao presidente de um dos tribunais superiores, quando denegado pelo Presidente do órgão julgador da segunda instância ou em agravo contra decisão deste (art. 15). Abrigando matéria que, em grande parte, apenas consta dos Regimentos Internos, o projeto regula o processo do mandado de segurança nos casos de competência originária dos tribunais (art. 16).

Não sendo publicado o acórdão no prazo de trinta dias, contados da data do julgamento, é facultada sua substituição pelas notas taquigráficas, independentemente de revisão. Regulam-se os recursos contra as decisões do mandado de segurança proferidas em única instância (art. 18). A Lei trata do Mandado de Segurança coletivo que, embora criado pela Constituição de 1988, ainda não mereceu disciplina pela legislação ordinária (arts. 21 e 22).

Constam outras disposições a respeito do prazo para a impetração do Mandado de Segurança, da inviabilidade da interposição dos embargos infringentes e do descabimento da condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé (art. 25).

A lei equipara o não cumprimento pelas autoridades administrativas das decisões proferidas em mandado de segurança ao crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas cabíveis (art. 26).

## **4.2 Conceito e Natureza Jurídica**

Assim Meirelles (2002, p. 21) define Mandado de Segurança:

Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida pela lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não aparado por *Habeas Data* ou *Habeas Corpus*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Não só as pessoas físicas ou jurídicas podem se utilizar do remédio constitucional em comento, mas também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual, por exemplo, Presidência das Mesas dos Legislativos, Chefias do Executivo, Comissões Autônomas, etc.

Com efeito, em certame realizado por uma Câmara Municipal, embora esta não possua personalidade jurídica, por ela deverá responder a presidência do Parlamento-Mirim. As autoridades judiciárias também podem figurar no polo passivo da demanda, desde que pratiquem atos administrativos ou profiram decisões que lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante.

Quanto aos agentes políticos que detenham prerrogativas funcionais específicas do cargo ou do mandato, por exemplo, governadores, prefeitos, membros dos Tribunais de Contas, enfim, também é possível que lhes sejam garantidos o direito de defender as suas atribuições e prerrogativas como também é possível a sua colocação no polo passivo do *writ*.

O Mandado de Segurança é uma ação civil de rito sumário especial, de caráter residual de aplicação, pois só se aplica quando na defesa de direitos líquidos e certos não amparados pelo *Habeas Corpus* e *Habeas Data*, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora em atendimento da notificação judicial.

### **4.3 Ato de Autoridade**

Ato de autoridade, segundo Meirelles (2002, p.33) é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-los. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Agente público pratica atos executórios, não responde a ação mandamental, já que é executor de ordem superior.

Com efeito, consideram-se atos de autoridade não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas, mas os praticados por administradores ou representantes de autarquias e entidades paraestatais e pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas como as concessionárias de serviço público.

De acordo com a Súmula 510 do STF, as pessoas ou instituições particulares, cuja atividade é apenas autorizada pelo Poder Público, por exemplo, bancos e entidades de ensino não podem estar no polo passivo da ação mandamental. Todavia, no tocante a este último, a Jurisprudência dos Tribunais tem relativizado, especialmente quando se envolve direitos educacionais, tal qual a expedição de Diplomas. Omissões administrativas podem se consideradas atos de autoridade e durante a inércia não ocorre a decadência que pode resultar lesão a direito subjetivo da parte.

O objeto da ação mandamental é a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Esse ato pode advir de qualquer dos Três Poderes. Não se admite contra atos meramente normativos (lei em tese), contra coisa julgada, bem como os atos *interna corporis*. Leis e decretos de efeitos concretos podem ser objetos de Mandado de Segurança.

#### **4.4 Prazo para interposição**

O prazo decadencial para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Sendo prazo decadencial não se suspende nem se interrompe, ainda que haja pedido de reconsideração, conforme a Súmula nº 430, STF. O ato a ser impugnado deve estar operante e exequível, capaz de produzir efeitos.

Se ato advier de omissão da Administração Pública, o STF já decidiu que o prazo decadencial de cento e vinte dias começa a correr a partir do momento em que se esgotou o prazo legal estabelecido para autoridade impetrada praticar o ato cuja omissão se ataca. (MSD nº 23.126-DF, Rel Min Ilmar Galvão, RTJ 175/128).

O prazo decadencial cessa desde a data da impetração. Logo, não é possível a caducidade intercorrente, mas pode haver prescrição da ação com a paralisação do processo por mais de cinco anos, prazo máximo e geral para todas as postulações pessoais perante a Administração Pública.

Caso a ação mandamental seja impetrada perante juízo incompetente e remetido ou redistribuído ao competente, conta-se o prazo desde que foi protocolada a inicial. Com efeito, não ocorre a caducidade se o mandato foi protocolado a tempo, ainda que no juízo

incompetente, o que se pode aferir também do § 2º do art. 113 Código de Processo Civil - CPC. (STF RTJ 60/865; TJMT 494/164).

#### 4.5 Partes

As partes na ação mandamental são o impetrante, titular do direito ameaçado ou lesionado; o impetrado, autoridade coatora; e o Ministério Público, parte pública autônoma. Além desses, outros interessados poderão ingressar no feito desde que tenham legitimidade para estar ao lado do impetrante ou impetrado, seja como litisconsortes ou assistentes. O impetrante deve ter direito subjetivo próprio e não simples interesse a defender em juízo.

As partes ilegítimas devem ser liminarmente excluídas da causa; sendo essa ilegitimidade do impetrante ou do impetrado o processo deverá ser extinto na forma do art. 267, VI do CPC. Em nome do princípio da instrumentalidade das formas, o magistrado pode determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente, conforme art. 113 §2º, CPC.

O sujeito passivo da ação mandamental é quem irá suportar o ônus decorrente da concessão da ordem, não a autoridade coatora, pois esta é mera informante. Isso se deve ao fato de que o coator não é parte, no sentido material do termo, mas, apenas, na acepção processual.

Parte, substancialmente falando, é somente a pessoa jurídica de direito público, e de direito privado, se for delegada ou concessionária de serviço público. Por isso, como observa Bulos (2011), a autoridade coatora tem o dever de dizer a verdade em suas informações, enquanto que a parte não tem tal obrigação.

É possível que a autoridade interessada ingresse na ação a qualquer tempo como simples assistente do coautor, recebendo a causa no estado em que se encontrar, ou dentro do prazo para informações, como litisconsortes do impetrado.

A autoridade coatora deverá prestar e subscrever pessoalmente informações no prazo de 10 (dez) dias, atender às requisições do juízo e cumprir o determinado com caráter mandamental na liminar ou sentença. É necessário haver a ciência do órgão de representação judicial da pessoa interessada, sendo necessário o envio da petição, sem documentos, conforme o art. 7, inciso II, da Lei nº 12.016/09.

É autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não quem recomenda ou baixa norma para sua execução. O executor material do ato não

pode ser considerado como autoridade coatora. Com efeito, coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde por suas consequências administrativas.

O executor apenas cumpre a ordem, por dever hierárquico, não se responsabiliza por elas. Nessa senda, é incabível a segurança contra autoridade que não dispõe de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. As atribuições delegadas, embora pertencentes à entidade delegante, colocam como coator o agente delegado que praticar o ato impugnado, conforme Súmula nº 510 do STF.

Assim, exemplifica Meirelles (2002), se uma autoridade municipal aceitar delegação do Estado-Membro ou da União, responderá por essas atribuições, como se autoridade estadual ou federal fosse, perante os juízos privativos dessas entidades. Essa observação é importante fazer quando se falar da possibilidade do presidente da Banca Examinadora estar no polo passivo da ação mandamental, já que está exercitando atribuição do Poder Público.

Nos órgãos colegiados, o presidente é quem deve ser considerado autoridade coatora. Nos atos complexos, o coator é a última autoridade que neles intervém para seu aperfeiçoamento, mas a jurisprudência e doutrina recomendam a participação de todos os que participaram do ato. Nos atos compostos, o coator é a autoridade que pratica o ato principal, nos procedimentos administrativos o coator é a autoridade que preside a sua realização.

O Ministério Público tem a incumbência de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo. A falta de intimação acarreta a nulidade do feito, a partir do momento em que deveria officiar no feito, art. 84, CPC. Não é possível a simples intimação, mas sim é necessário que realmente o *Parquet* officie no feito.

O terceiro prejudicado por decisão para a qual não foi citado pode recorrer do julgado no prazo de que dispõe as partes, como também pode utilizar-se do *mandamus* para impedir lesão a direito líquido e certo, mesmo que a sentença ou o acórdão admita recurso ao seu alcance.

#### **4.6 Litisconsórcio e Assistência**

O litisconsórcio e a assistência são admitidos na ação mandamental. Meireles (2002, p. 62) distingue as hipóteses de litisconsórcio no Brasil:

No litisconsórcio necessário a causa pertence a mais de um conjunto e a nenhuma isoladamente, pelo que a ação não pode prosseguir sem a presença de todos no feito, sob pena de nulidade do julgamento; litisconsórcio irrecusável a causa pertence a cada um isoladamente, mas com é comum o interesse das partes e conexa a relação de direito, a decisão do pedido de um influirá na do outro, razão pela qual o litisconsórcio não poderá ser recusado por qualquer dos litigantes; no litisconsórcio recusável as pretensões são autônomas, mas como há finidade entre as causas por um ponto comum de fato ou de direito, permite-se a reunião das ações se com isso concordarem as partes, por economia processual e com intuito de se evitar decisões teoricamente conflitantes.

Nesse ínterim, se houver beneficiário do ato ou contrato, ele deve integrar a lide, sob pena de nulidade do processo. O litisconsórcio deverá vir na instauração da lide ou nos dez dias das informações. Ressalte-se que, diferentemente do que ocorre com o litisconsorte passivo facultativo, a ausência do litisconsorte passivo necessário ensejará a declaração de nulidade, razão pela qual é possível sua participação a qualquer tempo, espontaneamente ou por determinação judicial (em decorrência do Princípio da inércia, deve sempre ser procedida mediante requerimento).

No caso do litisconsorte facultativo, há que se afirmar que sua falta não causa nulidade, não cabe seu ingresso na lide depois de cento e vinte dias, já que isso seria uma prorrogação do prazo alhures citado. Ele só poderá ingressar espontaneamente e com concordâncias das partes, no prazo de dez dias disposto para as informações.

Quanto ao assistente, ele pode ingressar no feito a qualquer tempo, com concordância das partes, recebendo o processo no estado em que estiver e se manifestando sempre na linha do assistido, já que não é parte e não pode inovar a lide.

#### **4.7 Competência**

A competência pra julgamento da ação mandamental define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional, sendo, portanto, a competência absoluta. Para a fixação do juízo competente em mandado de segurança não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes.

Se a impetração for dirigida a juízo incompetente, ou no decorrer do processo surgir fato ou situação jurídica que altere a competência julgadora, o magistrado ou o tribunal, deverá remeter ao juízo competente o processo.

A competência se define em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, comissiva ou omissiva, que possa resultar em lesão ao direito subjetivo da parte. A posterior elevação funcional da autoridade legitimada não altera a hierarquia.

Compete ao STF processar e julgar originariamente a ação mandamental contra atos de seus Ministros, de Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União e do Procurador-Geral da República, art. 102, I, *d*. Mas são os próprios Tribunais que devem processar e julgar mandados de segurança impetrados contra seus próprios atos e omissões.

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral- TSE, o Tribunal Superior do Trabalho - TST, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, o Superior Tribunal Militar - STM, os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais é que devem examinar suas próprias deliberações, atacadas em sede de mandado de segurança. O fundamento se encontra na Súmula 330 - STF, que assevera ser esse tribunal incompetente para conhecer ação mandamental contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.

O Excelso Tribunal tinha entendimento de que não cabia impetração de *writ* contra ato da própria Corte, esse entendimento foi abrandado. Logo, se o ato impugnado for irrecurável e não houver remédio expedito para superar a situação de grave dano à impetrante, claro que caba mandado de segurança, ajuizado no STF, contra ato praticado por seus próprios Ministros, sob pena de se deixar sem amparo direitos constitucionais, situações consolidadas, prerrogativas comezinhas de cidadãos inermes.

O STJ tem competência para processar e julgar originariamente *writ* contra ato de Ministro de Estado ou do próprio tribunal, por determinação de norma constitucional, art. 105, I, *b*, bem como julgar recurso ordinário em mandado de segurança decidido em única instância pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, desde que denegatória a decisão, conforme art. 105, II, *b*. Vale ressaltar que o STJ não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra atos de outros tribunais ou dos respectivos órgãos, de acordo com a Súmula 41.

Aos Tribunais Regionais Federais competem processar e julgar originariamente mandado de segurança contra ato do próprio tribunal ou de juiz federal, art. 108, I, *c*, CRFB. Compete aos juízes federais processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal, ressalvados os casos de competência dos Tribunais Regionais Federais, TRF, art. 109, VIII, CRFB. Quanto aos Juizados Especiais, compete às próprias Turmas Recursais processar e julgar mandado de segurança impetrado contra seus atos.



## 4.8 Inicial e Notificação

A petição inicial do *writ*, além de atender os requisitos descritos no art. 282, CPC, deve ser apresentada com 2 (duas) cópias, rubricadas pelo advogado, de seus textos e de todos os documentos que a instruem para o encaminhamento ao impetrado juntamente com o ofício de notificação.

Havendo necessidade de documento em poder do impetrado ou de repartição pública que o sonegue, o impetrante poderá pedir ao juiz que o requisite no original ou por certidão, para completar a instrução do processo.

Com o deferimento da inicial, o juiz ordenará a notificação pessoal do impetrado, o que é feito por mandado acompanhado das cópias da inicial e documentos, com a fixação do prazo de dez dias para a prestação das informações. No mesmo despacho deferirá e determinará a intimação dos interessados que devam integrar a lide e se manifestará sobre a medida liminar, caso solicitada pelo impetrante. Recebidas ou não as informações, os autos serão remetidos ao Ministério Público para sua manifestação.

Se na inicial houver pedido de requisição de documentos, e for o caso de deferimento, o juiz ordenará, preliminarmente, a exibição dos originais ou o fornecimento de certidões ou de cópias autenticadas, dentro de dez dias, e, após a apresentação, ordenará a notificação e as intimações devidas. Se os documentos estiverem em poder da autoridade coatora, a requisição será feita com a notificação, conforme art. 6, § 1º da Lei nº 12.016/09.

Com o indeferimento da inicial, por não ser caso de mandado de segurança ou por falha insuprível de requisitos processuais, os autos serão arquivados, se desse despacho não for interposta apelação. Em respeito aos princípios da economia e celeridade processuais, antes de se extinguir o processo, é devida uma oportunidade de correção da inicial, de acordo com o art. 284, CPC.

## 4.9 Liminar

A medida liminar é provimento de tutela antecipada admitida pela própria lei quando haja relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, ou seja, se verificado o *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Para Meirelles (2002), a medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Com efeito, não importa em prejulgamento; não afirma direito, nem nega poderes à Administração. Preserva-se o impetrante de lesão irreparável, sustentado provisoriamente os efeitos do ato impugnado.

Em determinadas hipóteses, a concessão da medida liminar tem os mesmos efeitos práticos da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, regulada pelo art. 273, CPC. Ora, se uma ação mandamental que tem esse objetivo, a não concessão da medida liminar favoreceria o perecimento do direito material. Logo, se defere a medida liminar, mas na verdade se concede antecipação dos efeitos da tutela.

Na Lei nº 12.016/09, em seu art. 7, §2º, há hipótese em que é possível o manejo da ação mandamental, mas não é possível a concessão da medida liminar que tem por “objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

A jurisprudência do STF, consubstanciada na Súmula nº 405, reza que consideram-se cessados seus efeitos com a sentença de denegação. Todavia, Meireles (2002, p.82) faz as seguintes distinções:

Se o juiz cassa expressamente a liminar ao denegar a segurança, não nos parece cabível contra a decisão de mérito; se o juiz silencia na sentença sobre a cassação da liminar, e de entender-se mantida até o julgamento da instância superior; se o juiz expressamente ressalva a subsistência da liminar até a sentença passa me julgado, torna-se manifesta a persistência de seus efeitos enquanto a decisão estiver pendente de recurso.

Uma vez cassada a liminar ou cessada sua eficácia as coisas voltam ao *status quo ante*. Nessa senda, o Poder Público fica possibilitado de exercer os atos, desde a data da concessão da liminar. Se durante o período de suspensão de liminar forem praticados atos geradores de direito subjetivo para o impetrante ou pra terceiros, ou consumadas situações definitivas, tais atos e situações deverão ser considerados válidos e subsistentes, pois se constituíram ao amparo de uma ordem judicial eficaz durante sua vigência.

#### **4.9.1 Suspensão da liminar ou da segurança**

A suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença concessiva é providência admitida pela Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 15, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Essa suspensão cabe ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso respectivo e poderá ser requerida a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público.

Para Meirelles (2002), o conceito de ordem pública compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas.

Afirma ainda, que os órgãos públicos também podem pedir a suspensão (cassação), bem como as pessoas e órgãos de Direito Privado passíveis de segurança e que possam suportar os efeitos da liminar.

#### **4.10 Informações**

Nas informações, que é a defesa da Administração Pública e que deve ser prestada em dez dias, o impetrado deverá esclarecer de forma detalhada os fatos e o direito em que se baseou o ato impugnado. É possível o oferecimento de prova pericial ou documental, porém não se admite o pedido de prova futura. Caso a prova esteja em outra repartição que não seja de sua jurisdição, deverá informar. As informações podem ser subscritas por um advogado, mas juntamente com a autoridade responsável pelo ato impugnado, já que a responsabilidade administrativa é pessoal e intrasferível. Depois da prestação de informações, o processo é tocado pelo advogado constituído. As ordens devem ser dirigidas à autoridade coatora e não ao advogado. Caso aquela não cumpra, ela estará sujeita ao crime de desobediência, art. 330, CP.

As informações merecem credibilidade, até prova em contrário, dada a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública e da palavra de suas autoridades. A falta das informações pode importar confissão ficta dos fatos arguidos na inicial, se isso autorizar a prova oferecida pelo impetrante. Se com as informações vierem documentos, deve ser aberta vista ao impetrante para sua manifestação, seguindo o processo para o Ministério

Público. A prestação das informações marca um ponto importante na ação mandamental que é a impossibilidade do oferecimento de litisconsórcio facultativo.

#### 4.11 Sentença

A sentença em Mandado de Segurança poderá ser terminativa, por carência de ação ou de mérito, se antes não tiver sido indeferida a peça exordial por não ser caso de impetração ou não atender às exigências formais da lei. A carência ocorre quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições do direito de agir, como o previsto no art. 267, VI CPC.

A sentença de mérito decidirá sobre o direito invocado, apreciando desde a sua existência até a sua liquidez e certeza diante do ato impugnado, para que, assim, possa concluir pela concessão ou denegação da segurança.

O Mandado de Segurança admite decisão repressiva e preventiva. Aquele corrige ilegalidade consumada, esta se destina a impedir o cometimento de ilegalidade iminente. Por tal motivo não se pode confundir segurança preventiva com segurança normativa. O nosso sistema jurídico admite aquela e rejeita esta. Meirelles (2002, p. 92) faz a seguinte diferenciação:

Segurança preventiva é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual em determinado caso; segurança normativa seria a que estabelecesse regra geral de conduta para casos futuros, indeterminados.

Em casos especiais, pode a concessão de um mandando de segurança estender-se a atos futuros entre as mesmas partes, por derivarem da mesma situação de fato e de direito, por exemplo, a isenção de um tributo; ou ainda quando o ato impugnado venha a ser praticado sucessiva e parcialmente até completar aquilo que o impetrante tenha direito.

Nessas hipóteses, a segurança concedida no primeiro mandado é válida e operante para todos os casos iguais, entre as mesmas partes, dispensadas sucessivas impetrações, desde que o impetrante requeira e o juiz defira a extensão da ordem pedida na inicial. Na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido da inicial condenando o vencido nas custas, mas não nos honorários advocatícios, conforme previsão art. 25 da Lei nº 12.016/09.

#### 4.12 Cumprimento de Sentença

A execução da sentença concessiva da segurança é imediata, específica ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária. Se houver danos patrimoniais a compor, far-se-á por ação direta e autônoma, salvo a exceção contida na lei, concernente a vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos, reconhecidos na sentença concessiva, os quais se liquidam por cálculo do contador e são executados nos próprios autos da segurança.

O não atendimento do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência à ordem legal (CP, art. 330) e por ele reponde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo a prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito.

Cumprida a ordem emanada do juiz, exaure-se o conteúdo mandamental da sentença, restando apenas seu efeito condenatório para o pagamento de custas, a ser exigido nos mesmos autos, na forma processual comum.

A decisão denegatória da segurança ou que cassa a liminar produz efeito liberatório imediato do ato impugnado, ficando o impetrado livre para praticá-lo ou prosseguir na sua efetivação desde o momento em que for proferida. As intimações ou comunicações dessas decisões não são mandamentais, servindo apenas para a fluência de prazo para recurso, já que não há qualquer ordem judicial a cumprir quando a segurança é denegada ou a liminar é cassada ou revogada.

#### 4.13 Recursos

Os recursos cabíveis são: apelação da decisão que apreciar o mérito, decretar a carência ou indeferir a inicial. Embora não seja tecnicamente um recurso, cabe reexame necessário das sentenças que conceder a segurança, agravo regimental e recurso ordinário, desde que seja denegada a segurança e que o acórdão incida nos permissivos constitucionais.

Cabem, ainda, genericamente, recursos contemplados pelo CPC, desde que no processamento da impetração venham a ocorrer as situações ensejadoras. A lei nº 12.016/09 traz importante inovação que é a possibilidade da autoridade coatora também poder interpor recurso.

Seguindo o disciplinamento do CPC, em regra, interposta a apelação têm-se a produção de dois efeitos recursais: o obstativo e o devolutivo. Aquele impede a produção de efeitos práticos e este devolve ao Tribunal o conhecimento das matérias abordadas na sentença.

A Lei nº 12.016/09 reza, em seu art. 14, § 1º, que concedida a segurança haverá a necessidade de se exercer o duplo grau de jurisdição. Interpretando a *contrario sensu* o artigo citado é possível chegar à conclusão de que quando se interpõe apelação em ação mandamental há apenas o efeito devolutivo.

Os prazos para os recursos são os fixados no CPC, contando-se em dobro para a Fazenda Pública, para o Ministério Público (art. 188) e para litisconsortes com procuradores diferentes (art. 191), ressaltando que para a apresentação de contrarrazões o prazo não é contado em dobro. Somente a Fazenda Pública tem prazo em dobro, tal prerrogativa não se aplica às entidades paraestatais, nem concessionárias de serviços públicos.

A contagem do prazo para recurso em mandado de segurança flui da intimação oficial do julgado, e não da notificação à autoridade para cumprimento da ordem, conforme Súmula nº 392, STF, e no caso de recurso extraordinário e agravo não há suspensão ou interrupção durante as férias.

A interposição dos recursos pode ser feita pelos impetrantes, impetrados, Ministério Público, litisconsortes, terceiros prejudicados, bem como pela entidade a que pertencer o coator, sempre que concedida a segurança ou a liminar. Isto porque sobre ele recairão os encargos da condenação ou da suspensão do ato.

O assistente, não equiparado ao litisconsorte, só poderá aditar os recursos de seu assistido, salvo se este for revel. Em geral, são aplicáveis nas impetrações todas as regras de tramitação dos recursos que não forem incompatíveis com as especificidades do *mandamus*. Com o trânsito em julgado, resta apenas o manejo da ação rescisória.

#### **4.14 Coisa julgada**

A coisa julgada pode resultar da sentença concessiva ou denegatória da segurança, desde que a decisão haja apreciado o mérito da pretensão do impetrante e afirmado a existência ou inexistência do direito a ser amparado.

Não faz coisa julgada quanto ao mérito do pedido, a decisão que apenas denega a segurança por incerto ou ilíquido o direito pleiteado, a que julga o impetrante carecedor do

mandado e a que indefere desde logo a peça de exórdio por não ser o caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração.

Embora haja divergência doutrinária, o artigo 19 da Lei nº 12.016/2009 não afirma que sendo a segurança denegada, por qualquer motivo ficará aberta a via ordinária para a reapreciação da mesma questão. Tal entendimento levaria à negação da coisa julgada, pelo só fato de a decisão ser contrária à pretensão do impetrante.

A possibilidade de se buscar indenização se dar porque em sede Mandado de Segurança não se pode formular pedido neste sentido. Por outro lado, pontua o legislador que o interessado poderá renovar o pedido em outro mandado enquanto o juiz não o denegar pelo mérito. Neste sentido, a Súmula nº 304 do STF afirma que quando a decisão proferida concluir que não assiste direito ao impetrante, e apreciar o mérito, o único modo de atacar as *res judicata* é a ação rescisória.

## 5 ALGUMAS HIPÓTESES DE MANEJO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM CONCURSOS

### 5.1 Provas objetivas

Parte da Doutrina entende que a melhor nomenclatura a ser utilizada seria, em vez de "questão de múltipla escolha", "testes". A nomenclatura de múltiplas escolhas só abarca uma das modalidades de avaliação, deixando de lado, por exemplo, as questões tipo "verdadeiras ou falsas". A nomenclatura "teste" é muito genérica e pode ser entendida como sinônimo de prova.

Apesar das discussões terminológicas, as provas objetivas são conceituadas como aquelas em que os candidatos analisarão proposições padronizadas elaboradas pela Banca Examinadora a respeito de temas presentes no edital. Esse modelo é o mais isento de interferência subjetiva da Banca Examinadora durante as correções das provas.

A grande discussão que permeia a interferência do Poder Judiciário no controle das questões objetivas não é a correção de questões, já que a Banca Examinadora realiza o simples trabalho de conferência entre as repostas dadas pelos candidatos na folha de resposta, sem espaço para o subjetivismo. O debate gravita ao redor dos limites da discricionariedade técnica atribuída à Banca Examinadora na elaboração e correção das questões objetivas.

A Banca Examinadora é órgão colegiado, composto por profissionais qualificados e especializados nas áreas objeto de avaliação, responsável pela avaliação, elaboração, aplicação e correção das provas. Em razão de sua função, ela precisa de autonomia administrativa, técnica e científica que permita sua independência de influências política ou econômica, para que selecione candidatos aptos ao serviço público, ao passo que obedeça aos Princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência.

A autonomia da Banca Examinadora é pressuposto para a discricionariedade na realização do certame. Essa discricionariedade não é absoluta. Ela se limita à escolha das matérias que serão objeto dos testes que aferirão as habilidades dos candidatos.

A discricção concedida pela lei de modo abstrato descamba para a concretude quando, em situações específicas, a liberdade concedida ao administrador para escolher a solução mais adequada, restringe-se ao caso concreto, em que restará apenas uma conduta a ser adotada objetivamente.



É de competência judiciária verificar se a Administração Pública, apesar de ter atuado dentro das possibilidades abertas pela norma jurídica, respeitou o caso concreto, pois a atividade judiciária é apenas e, tão-somente, restauradora da juridicidade da Administração Pública, tendo como pressuposto os princípios expostos na Ordem Jurídica, de modo a restaurar ou preservar as bases do Estado Democrático de Direito. Com efeito, é possível o controle jurisdicional do ato administrativo.

A liberdade dada à Banca Examinadora é apenas no sentido de delimitar, dentro do conteúdo programático, quais os pontos a serem abordados, não sendo possível a faculdade de filiar-se a qualquer opinião científica. Se não fosse assim, a discricionariedade técnico-científica conferiria grande subjetividade à Banca Examinadora na elaboração de questões, e, inevitavelmente, ter-se-ia afronta ao princípio da imparcialidade.

Se fosse possível que a Banca atribuísse a resposta que bem entendesse às questões formuladas, sem possibilidade de controle por um órgão isento, seria postura que violaria o princípio da legalidade dos concursos públicos.

Ora, para uma boa seleção é imprescindível que se faça a avaliação mediante critérios íntegros e corretos, sem imposição de opiniões científicas, principalmente quando comprovadamente díspares das posições majoritariamente defendidas no campo doutrinário, sob pena de ferir a finalidade dos concursos públicos.

Busca-se o resguardo aos princípios da legalidade, razoabilidade e eficiência. Na análise da legalidade não é só a lei, mas os princípios do artigo 37 da CRFB, motivação, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé.

Rocha (2006) ensina que se a controvérsia versar sobre matéria estranha ao Direito, o juiz poderá valer-se de prova pericial. Não pode o magistrado negar tutela jurisdicional sob o pálio de que não poderá interferir no mérito do ato.

O Poder Judiciário deverá pronunciar-se sobre os elementos técnicos dos atos administrativos, ainda que seja necessária a feitura de prova ou perícia. Se for desobediente aos princípios da legalidade ou a um dos arrolados no art. 37, haverá nulidade da questão, que deverá ser declarada.

Rocha (2006) ensina que as provas de certames 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. Por isso, 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 um 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 na realidade existem pelo menos duas ou vice-versa, que se assinale a única incorreta e existem pelos menos duas incorretas; 3) quando a banca propõe” uma questão/resposta ambígua, que deixe no espírito do candidato fundadas e razoáveis dúvidas quando ao alcance e precisão, gerando perplexidade que discute a eleição de alternativa correta, ante a possibilidade razoável de que não esteja correta a alternativa ou que haja outra alternativa igualmente correta na mesma questão”.

Nesse panorama, estão os julgados do STJ e do TRF, respectivamente:

CONCURSO PÚBLICO (JUÍZES). BANCA EXAMINADORA (QUESTÕES/CRITÉRIOS). 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 21.08.2007, DJ 03.12.2007 p. 364).

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 ao 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. (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)

PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. **QUESITO DE PROVA OBJETIVA. ADMISSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS EXCEPCIONAIS.** INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS AOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA-Excepcionalmente, restando demonstrado que a resposta considerada correta pela Banca Examinadora está, objetivamente, em desacordo com o ramo de conhecimento investigado, houver erro material ou vício na formulação da questão, é admissível o Poder Judiciário anular a questão de concurso. Se com a adição dos pontos referentes ao quesito anulado as outras notas obtidas pelos autores da ação fica comprovado, por certidão da instituição responsável pela realização do concurso, o preenchimento das demais condições exigidas no edital, é de se reconhecer a provação destes na primeira esta do concurso público-Ausência de prejuízo para os demais candidatos aprovados, Impossibilidade de quem não foi litisconsorte ativo se beneficiar da sentença. Inexistência de litisconsórcio necessário. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação dos Autores parcialmente provida. Apelação da União e Remessa Oficial Improvidas. **(grifamos)TRF-5, AC 106703 PE 0027664-69.1996.4.05.0000** Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt (Substituto) J. 25/06/2002 Órgão Julgador: Terceira Turma.

Muitos magistrados indeferem a petição inicial da ação mandamental, por impossibilidade jurídica do pedido, ou julgam improcedente o pedido por considerar a correção de questão uma intromissão no mérito administrativo. Mas esse entendimento não merece prosseguir, eis que o mérito administrativo, conforme Carvalho Filho (2012), é a avaliação da conveniência e oportunidade relativa ao motivo e ao objetivo e que inspira a prática do ato discricionário. Os demais elementos continuam vinculados.

Desta feita, se uma questão afirma que a dignidade da pessoa humana não é fundamento da República Federativa do Brasil, o Judiciário quando manda corrigir a questão não adentra “no mérito administrativo”, já que não há conveniência e oportunidade, mas sim, um único caminho disciplinado pela Constituição. Portanto, isso é controle de legalidade e não de mérito. Entender o contrário é ir de encontro aos preceitos mínimos da lógica.

### 1.5.1.1 Litisconsórcio passivo necessário

Parte da Doutrina entende que em uma ação mandamental que tenha por escopo a correção de uma questão é necessária a citação dos candidatos que realizam a prova. Tal entendimento está equivocado, já que o litisconsórcio necessário tem lugar quando a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo. No caso de uma questão que fere o Direito e, por conseguinte, os princípios constitucionais, ela é nula e não gera direitos, nem obrigações para os que dela participaram. Ademais, com a nulidade, a questão não gerou efeitos que pudessem repercutir na esfera subjetiva do indivíduo.

Vale pontuar que a Súmula nº 473 do STF reza que um ato eivado de ilegalidade não gera direitos, podendo a Administração Pública anular seus próprios atos ou revogá-los, dentro do juízo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e a apreciação judicial. Ora, se Administração pode anular ato eivado de ilegalidade, não há necessidade se construir litisconsórcio passivo. Nesta linhagem, o último julgado supra.

## 5.2 Das Provas Discursivas

É comum se encontrar editais que trazem a previsão de prova “subjetiva”. Isto deve-se ao fato de que estas questões podem ocasionar soluções distintas, a depender do nível de conhecimento dos candidatos avaliados, fato que não ocorre com as questões objetivas, que conduzem a solução padronizada. Entretanto, essa subjetividade deve ser dos candidatos e não da Banca Examinadora.

Com efeito, ainda que a questão formulada verse sobre o tema de caráter geral, a correção deverá utilizar critérios minimamente objetivos, como a coerência textual, a capacidade de organização e delimitação do tema, a forma de exposição das ideias centrais, o domínio técnico sobre o conteúdo questionado etc., de modo que reste expurgada a subjetividade das Bancas Examinadoras.

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, desvio de legalidade e outras

condutas inequivocamente lesivas ao direito dos candidatos a concorrer em igualdade de condições, sob a égide de um processo justo e íntegro.

A jurisprudência do Brasil já firmou entendimento de que tais critérios não podem ser reavaliados pelo Judiciário, uma vez que sua apreciação implicaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes, consagrado pela Constituição Federal. Esta impossibilidade de revisão 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. Conforme jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. CRITÉRIOS DE ELABORAÇÃO CORREÇÃO DAS PROVAS DO EXAME DE ORDEM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO. ART. 5ª, 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: MAS 2005.34.00.020803-0DF; 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

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 consequência do pronunciamento judicial, incumbe à comissão do concurso aferir se o somatório das demais notas finais alcançadas pela candidata nas provas objetivas 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 consequências patrimoniais da nomeação, como se esta tivesse ocorrido na estrita ordem da classificação por ela alcançada, deduzidos, entretanto, os valores que desde então houver recebido dos cofres público, pelo exercício de outro cargo público.

5. Apelação parcialmente provida (grifamos)

(TRF da 1ª Região, AC 1998.34.00.001170-0/DF, Relator Desembargador Federal Fagundes De Deus, Relator do Acórdão Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Quinta Turma, DJ de 25/11/2003, p.42).

O controle jurisdicional recai sobre critérios de correção utilizados pela Banca Examinadora. O Poder Judiciário tem como dever anular a correção viciada, que contenha erros que extrapolem os limites aceitáveis, determinando o seu desfazimento e nova correção, desta vez atendendo aos padrões adequados de legalidade. Para tanto, é certo que o Poder Judiciário haverá de se posicionar pela necessidade provas periciais ou outros tipos de prova. Aplica-se, assim, o exposto acerca correção das questões objetivas.

### **5.3 Provas Orais**

As provas orais são destinadas a avaliar o conhecimento adquirido, como também, a capacidade de comunicação verbal, velocidade de raciocínio e o comportamento “sob pressão” dos candidatos, consistente em aferir através de explanação oral acerca de um conteúdo delimitado pela Banca Examinadora. Com efeito, são avaliadas características pessoais e individualizadas dos candidatos, sem ser dada margem de discricionariedade à Banca Examinadora.

Tendo por arrimo os princípios da moralidade, legalidade e isonomia, o examinador deverá adotar critérios minimamente objetivos que extraíam qual o candidato de

melhor qualificação. É nesse sentido o pensamento de Rocha (2006, p. 141), a seguir transcrito:

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

Nessa fase, não é possível ocultar a identidade dos concorrentes, como nas fases anteriores, já que podem ocorrer privilégios e discriminações baseadas em critérios alheios à vontade dos concorrentes, em completa violação à isonomia no certame público. Com efeito, é nessa modalidade de prova que se corre o maior risco de arbitrariedade ou desvios de conduta dos examinadores.

Em atenção aos princípios constitucionais referentes aos concursos públicos, o Decreto 6.944 de 21 de agosto de 2009 estabeleceu normas gerais relativas aos certames públicos no âmbito da Administração Pública Federal, direta ou indireta, instituindo a obrigação das Bancas Examinadoras de gravarem suas provas orais, sem, no entanto, declinar o meio de gravação, se somente áudio, ou áudio e vídeos, deixando ao arbítrio das bancas a escolha.

A ideia de que a avaliação neste tipo de prova seria totalmente subjetiva, sendo a valoração o desempenho obtido pelo candidato na prova oral ato discricionário da Banca Examinadora, sem que houvesse necessidade de concessão de oportunidade para recurso administrativo, merece a intervenção do Poder Judiciário. Conforme jurisprudência abaixo citada:

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 JOSE ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 10/05/2004, p.306

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)

Vale ressaltar que não apenas em relação à falta de recurso administrativo pode dar ensejo à atuação jurisdicional por meio da ação mandamental, mas também, a correção das pontuações atribuídas, a adequação das questões dadas com as respostas adequadas, dentre outros casos. *Mutatis Mutandis*, aplica-se às provas orais o mesmo que foi exposto quando se falou da possibilidade da correção das provas objetivas e subjetivas.

#### **5.4 Exigência de requisitos no ato da inscrição**

Como já aludido, a homologação da inscrição em Concurso Público não implica na aceitação das normas contidas no edital, que são passíveis de questionamentos na via administrativa ou judicial.

Não se deve impedir que o candidato realize as provas enquanto não atender aos requisitos inerentes à investidura no cargo, uma vez que esta não é a vontade da CRFB, de



acordo com os preceitos do artigo 35, inciso I, e do art. 5º, inciso XIII, pois são cargos que somente a lei poderá estabelecer os requisitos para a investidura.

Não se busca defender a vedação para as Bancas Examinadoras exigirem requisitos dos candidatos no ato da inscrição. Apenas que estas se sejam essenciais ao perfeito desenvolvimento do certame, ou seja, que não haja confusão com os requisitos para investidura no cargo.

Assim, quando imprescindível à avaliação dos candidatos, determinadas exigências são admissíveis. Por exemplo, pode-se citar a exigência de título de pós-graduação quando houver previsão no edital acerca de etapa destinada ao “exame de título”, nos concursos para a magistratura.

Neste sentido está a Súmula 266 do STJ, que traz a norma jurídica de que o diploma ou habilitação legal só deve ser exigido no ato da posse e não na inscrição. Embora o texto da Súmula só fale em diploma e habilitação, deve-se interpretar com sentido de documentos em sentido amplo.

Logo, havendo a requisição de documentos na data da inscrição, pode-se manejar a ação mandamental tendo por direito líquido e certo o texto sumular acima descrito. Nessa senda, está o julgado do STJ a seguir exposto:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO. COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA (PRÁTICA FORENSE) DE 3 (TRÊS) ANOS MOMENTO DA EXIGÊNCIA DO PREENCHIMENTO DA CONDIÇÃO. EDITAL DO CONCURSO OMISSO QUANTO A DATA DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONCURSO SUSPENSO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. ATENDIMENTO SUPERVENIENTE DO REQUISITO.

**1. Afigura-se legítima a exigência inscrita no edital relativo à comprovação de atividade jurídica (prática forense) no ato da inscrição definitiva, e não da posse, desde que tal data esteja prevista e seja certa.**

**2. A ausência de especificação de data certa no edital para o início da inscrição definitiva, transfere para a data da nomeação a comprovação do tempo de prática forense.**

3. Também a suspensão do concurso por ato da Administração, dilatando o prazo para a inscrição definitiva acarreta o fato superveniente do preenchimento das condições objetivas concernente ao tempo da prática de atividade judiciária.

4. A sentença que acolhe o pedido autoral resolve o processo com julgamento de mérito (CPC, art. 269, I).

5. Agravo retido prejudicado.

6. Apelação da União improvida.

7. Recurso - adesivo da autora provido. **(grifamos)**

Pode-se manejar a ação mandamental de forma preventiva, quando tal requisito estiver no edital do certame ou posta em informações advindas de declarações da Autoridade Pública que vai realizar o concurso. Hodiernamente, é prática comum haver informações sobre os certames, antes mesmo da publicação do edital, seja através de *blogs*, *sites* especializados ou jornais voltados para os concursos públicos.

### **5.5 Anulação de Questão de Concurso Público por repetição.**

Pela sua importância e pelo disciplinamento constitucional, durante todo o processo do certame deve-se primar pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Muitas Bancas Examinadoras repetem questões já expostas em provas suas ou de outras Bancas. Tal fato deve ao simples descaso, ou à falta de preparo de muitas dessas Bancas, que não conseguem manter em seus quadros profissionais capacitados.

Ora, quem se prepara para fazer um concurso público tem na resolução de questões anteriormente aplicadas uma das melhores formas de estudo. Se o candidato se depara na prova com uma questão idêntica àquela que ele resolveu, fere-se o princípio da competitividade, já que ele “sai” na frente dos demais concorrentes.

Desta forma, com a comprovação de que a questão foi copiada de outro certame é possível que o Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança, anule a questão tendo por base os princípios da moralidade e impessoalidade, já que foram flagrantemente violados. Isto porque, sendo o ato nulo, pode o Judiciário declarar a sua invalidade, especialmente em respeito aos princípios da competitividade, legalidade e boa-fé.

### **5.6 Legitimidade *Ad causam*.**

Quando se trata de questão a ser corrigida ou por problema durante o desenrolar do processo, alguns magistrados entendem que nesses casos no polo passivo deve estar a autoridade pública e não o presidente da Banca Examinadora.

Esse entendimento fere a própria lei do Mandado de Segurança, pois ela é clara ao afirmar que se equiparam às autoridades para os efeitos da lei “*os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os*

*dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”.*

Ora, a escolha da Banca se dá através de Contrato Administrativo, seja por processo licitatório ou com dispensa deste, conforme já exposto. Logo, se há contrato, o presidente da Banca pode estar no polo passivo, porquanto esteja no exercício de atribuições do poder público, por meio de delegação. Ademais, autoridade coatora é aquela que pode desfazer o ato impugnado.

Portanto, em um concurso público para técnicos-administrativos promovido por uma Universidade, organizado pela Banca Fundação Carlos Chagas - FCC, por exemplo, quem pode corrigir uma questão é o presidente da Banca e não o Reitor. Se aquele pode corrigir, ele é quem deve estar no polo passivo da ação mandamental. Veja-se entendimento do Tribunal de Justiça do Espírito Santo neste sentido:

PROCESSO CIVL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER JUDICIÁRIO. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO DO TJES. ATO PRATICADO PELA INSTITUIÇÃO CONTRATADA PARA ADMINISTRAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INCISO VI DO ART. 267 DO CPC. SEGURANÇA DENEGADA. 1) **Insurgindo-se o candidato contra a sua eliminação em concurso público, a legitimidade passiva para figurar em eventual mandado de segurança pertence à instituição contratada para a organização e realização do certame, a qual é responsável pela elaboração, correção e aplicação das questões, bem como pelo julgamento dos respectivos recursos administrativos.** Precedentes do TJES. 2) Segurança denegada em virtude da ilegitimidade da autoridade apontada como coatora. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por unanimidade de votos, denegar a segurança. Vitória, 02 de agosto de 2011. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA (TJES, Classe: Mandado de Segurança, 10011000789 Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 02/08/2011, Data da Publicação no Diário: 16/08/2011) (grifamos) (TJ-ES - MS: 100110007893 ES 100110007893, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 02/08/2011, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:16/08/2011).

Seguindo o entendimento de que apenas a autoridade pública pode estar no polo passivo, deferida a segurança, esta tem que comunicar a decisão ao presidente da Banca para que, então, proceda à correção. Isto tolhe a celeridade processual requerida pelo *writ*.

## 5.7 Publicação Deficiente

As leis, atos e contratos administrativos, que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem, exigem publicidade para adquirirem eficácia perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato administrativo, mas requisito de eficácia e moralidade, conforme ensina Meirelles (2013). Assim, a regra é a publicidade dos atos administrativos.

A publicidade, como princípio da Administração Pública, art. 37, *caput*, da CRFB, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de proporcionar conhecimento interno de seus agentes. A Lei nº 12.527/11, com esteio no inciso XXXIII do art. 5º, inciso II art. 3º, art. 37 e § 2º do art. 216, aduz que é dever dos órgãos e entidades promover, independentemente de requerimento, a divulgação em local de fácil acesso, no ambiente de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.

Nessa senda, as publicações de editais, resultados, convocações e nomeações são, geralmente, publicadas em Diários Oficiais e Semanários. Mas em determinados Municípios a publicação de seus atos se faz com a publicação de expedientes no átrio do prédio da prefeitura. Porém, não é possível que um candidato de outro Município ou Estado possa ter acesso a essas informações. Com efeito, nasce a possibilidade de manejo da ação mandamental para que seja dada posse a candidato preterido pela deficiência na comunicação. Nesse entendimento está o seguinte julgado:

CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO TORNADA SEM EFEITO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA POSSE. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA NOMEAÇÃO. DESCABIMENTO. PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL E DIVULGAÇÃO NO SÍTIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NA INTERNET. PUBLICAÇÕES DO ATO EM CONFORMIDADE COM O EDITAL. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DOS ATOS POR FALTA DE PUBLICIDADE. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO CONFIGURADA. 1. **O edital do concurso público para o provimento de cargos nos quatro ramos do Ministério Público da União previu de forma expressa que todas as fases do concurso teriam sua publicidade efetivada por meio da imprensa oficial, via Diário Oficial da União e disponibilização ampla no sítio da internet do MPU.** 2. Inexistente previsão de convocação dos candidatos por qualquer outro meio, não se pode ignorar os atos praticados para beneficiar candidato que não acompanhou as informações do concurso relativas às sucessivas

nomeações que ocorreram. 3. Ao deixar de acompanhar os atos do concurso na página eletrônica dos diversos ramos do MPU e as consequentes publicações no Diário Oficial da União, não é cabível, em antecipação de tutela, pretender a anulação da portaria que revogou sua nomeação por inércia na manifestação em relação ao interesse na posse. 4. Em sede de concurso público, vigoram o princípio da publicidade e o da vinculação ao edital, que obrigam tanto a administração quanto os candidatos à estrita observância das normas previstas no edital. Neste sentido AC 1998.01.00.080553-3/MG, Juíza Magnólia Silva da Gama e Souza, Primeira Turma Suplementar, DJ de 15/10/2001.(Conv.) 5. Prevalece a alegação da União de que o acolhimento da pretensão do autor fere o princípio da isonomia, uma vez que não seria submetido aos mesmos padrões estabelecidos no edital, que nortearam as nomeações e desistências ou cancelamentos de todos os candidatos que participaram e foram aprovados no concurso. 6. Agravo regimental improvido. TRF-1 - AG: 17273 DF 2009.01.00.017273-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 17/06/2009, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 03/07/2009 e-DJF1 p.150).(grifamos).

Com efeito, o edital deve prever a forma de como se procederá a convocação. Se no documento editalício estiver insculpido que o candidato deverá acompanhar as publicações oficiais, ao ente público não pode ser imputada a obrigação de comunicar ao candidato aprovado a sua convocação. Afinal, o Direito não socorre aos que dormem.

Porém, se nada dispuser o edital ou se dispuser que as convocações serão publicadas no *site* da organizadora e lá nada for publicado, sendo as portarias publicadas nos átrios dos prédios públicos, nasce para o candidato aprovado a oportunidade do manejo da ação mandamental pela publicação deficiente e, conseqüente, perda da vaga. Em sentido diverso, está o entendimento do STJ *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO DO WRIT. INOCORRÊNCIA. CONVOCAÇÃO PARA POSSE POR PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL, SEM NOTIFICAÇÃO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. 1. No caso dos autos, não há falar em decadência, já que o mandado de segurança foi impetrado após um mês da ciência pessoal do ato coator, portanto antes dos 120 (cento e vinte) dias do prazo decadencial para a impetração do writ. **2. A nomeação em concurso público após considerável lapso temporal da homologação do resultado final, sem a notificação pessoal do interessado, viola o princípio da publicidade e da razoabilidade, não sendo suficiente a convocação para a fase posterior do certame por meio do Diário Oficial, conforme recente jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (grifo nosso).**

Nessa senda, o Tribunal supracitado entende que a Administração Pública deve notificar pessoalmente o candidato aprovado quando passado certo tempo após a homologação do certame. *Data máxima vênia*, esse entendimento não é o correto, já que deixa margem de dúvida sobre o que se considera “considerável lapso temporal”, bem como a operacionalização dessa notificação, se contato por telefone, e-mail, pelos Correios com aviso de recebimento ou informação no *site* da instituição atende ao desiderato.

Diante disto, o correto é admitir que a convocação pelo Diário Oficial, notadamente se o edital do certame preveja tal obrigação, mesmo após certo lapso temporal, deve ser o suficiente para dar publicidade ao ato, afinal, esse é o canal que o Poder Público tem para se comunicar com os administrados.

Ademais, atualmente, há os denominados “Diários Oficiais Eletrônicos”, facilmente encontrados na *internet*. Portanto, não são desrespeitados os princípios da publicidade e da razoabilidade quando a convocação se dá apenas pela publicação oficial mesmo passado certo lapso temporal.

## **5.8 Suspensão de Portarias de Nomeação**

Com provas de fraudes, o Administrador pode anular o certame, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário. Mas como deve agir a Administração diante dos terceiros de boa-fé? Afinal, se não houver provas do locupletamento da fraude, deve-se presumir a boa-fé dos aprovados.

Ademais, o ato administrativo dispõe de presunção de legalidade e não se pode de maneira açodada suspender portarias de nomeação apenas por suspeita de fraudes. Deve haver investigação e respeito aos princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da ampla defesa e contraditório.

As suspensões de portarias de nomeação por falta motivação, por suspeitas de fraude, sem comprovação, dão ensejo à impetração da ação mandamental, já que o ato administrativo goza de presunção de legalidade. Ademais, a motivação deve estar presente nos atos, pois sua falta dá ensejo à presença do Judiciário por meio da ação mandamental para resguardar o direito conquistado pelos candidatos.

## 5.9 Vagas de Portadores de Necessidades Especiais

O art. 37, inciso VIII, da CRFB reza que a lei deve reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Tal norma tem fundamento no princípio da igualdade, art. 5º, *caput* da CRFB/88.

Importante pontuar que cada entidade federativa pode legislar sobre o assunto citado, por se tratar de matéria administrativa, conforme se extrai do art. 18 c/c art. 37, I c/c art. 37, VIII da nossa Carta Magna.

Em regra, os concursos públicos atendem o prescrito na Carta Magna. O problema surge quando da convocação dos candidatos portadores de deficiência, já que muitas vezes são preteridos, sendo a lei omissa quanto à regra de convocação, o que acaba permitindo a ocorrência de ilegalidade por parte da Administração Pública. Com efeito, deve haver duas listas.

As mesmas provas e os mesmos requisitos deverão ser seguidos pelos candidatos deficientes ou não. Os candidatos deficientes concorrerão entre si às vagas que lhes são exclusivas e serão convocados na medida da necessidade da Administração. Caso o candidato não seja considerado deficiente após a perícia médica, ele passará a disputar as vagas de ampla concorrência.

Em um concurso com quatro vagas previstas e reserva de cinco por cento das vagas aos deficientes, não garante, *a priori*, vaga para os deficientes, pois 5% de 4 (quatro) é igual a 0,20 vaga. A conta dá certa quando o edital preveja vinte vagas. Nesse caso, uma vaga está prevista para os deficientes. Mas se seguirmos apenas a aritmética, certos candidatos nunca serão nomeados.

Porém, o Decreto nº 3.298/99 estabelece um mecanismo para que o deficiente possa fazer jus a uma vaga quando o número total delas for inferior a vinte. É o que está previsto no parágrafo 2º do artigo 37, que assim dispõe:

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Caso se aplique o percentual mínimo de 5% em um concurso público com 05 vagas previstas em edital, chegaremos a 0,25, ou seja, um número fracionário. De acordo com

o parágrafo 2º do artigo 37, é possível arredondar o número fracionado para um. Isso fará com o que o deficiente faça jus a uma vaga. O STF entende que o percentual de participação dos deficientes é de no mínimo cinco por cento e no máximo vinte, como diz a lei.

Se houver a aplicação de 5% sobre as 04 (quatro) vagas previstas no edital “X”, obteremos o montante de 0,20. Arredondando esse número para 01, chegaremos à conclusão de que nesse concurso público o percentual reservado aos deficientes ultrapassou o limite de 20%, o que não pode acontecer por expressa disposição legal.

Portanto, em concursos em que o número de vagas seja inferior ou igual a dezenove, a quinta vaga será do deficiente e a partir daí tem-se que contar de vinte em vinte. O próximo deficiente será chamado para ocupar a quadragésima primeira vaga e o próximo para a sexagésima primeira vaga. A cada vinte vagas subsequentes, uma será do deficiente.

Nesse diapasão, caso o edital não tenha a previsão das disposições acima arroladas é possível impetrar o *writ*. Como também é possível caso não haja a nomeação nos moldes acima descritos. Também pode ser manejada ação mandamental pelos candidatos que, embora não sejam deficientes, não tenham seus direitos respeitados, dentre eles a quantidade correta das vagas.

#### **5.10 Ocupação dos cargos públicos por servidores sem concurso, terceirizados ou contratados**

A ocupação de cargos públicos deve ser feita, em regra, por aprovação em concurso público. Entretanto, a política do “empreguismo”, instituto antidemocrático, é corrente no Setor Público do Brasil, especialmente no âmbito dos Estados e Municípios.

A contratação de servidores sem concurso, de cargos em comissão e de terceirizados fere os ditames constitucionais. Com efeito, havendo a comprovação de tais situações, o candidato aprovado em certame pode fazer uso do remédio constitucional em comento, mesmo que não tenha sido aprovado dentro das vagas oferecidas. Para isto, o concurso público deve estar no prazo de validade, que haja surgimento de vaga no cargo por ele pretendido. Com isto, a mera expectativa de direito se transforma em direito líquido e certo. Esse posicionamento encontra-se insculpido no julgado abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA NO CERTAME FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONVOCAÇÃO E



CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público fora do número de vagas previsto no edital.

2. A instância ordinária denegou a segurança tendo em vista que, embora a recorrente tenha sido aprovada no concurso, sua classificação encontra-se fora do número de vagas previsto no edital.

**3. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes.**

4. No caso dos autos, comprovou-se que o prazo de validade do concurso não se expirou por ocasião da realização de concurso para contratação precária de candidatos para o exercício das funções do cargo para o qual a recorrente obteve aprovação, de modo que merece reforma o acórdão da Corte de origem, sobretudo quando se observa que o art. 2º, inc. VII, da Lei estadual n. 6.915/1997, a qual regula a contratação temporária de professores no âmbito do Estado do Maranhão, fixa que a contratação temporária somente é possível quando não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS 34.319-MA, Relator Min. Mauro Campbell Marques. DJE 02/02/2012. grifos nossos).

Hodiernamente, o STJ tem se manifestado pela transformação da mera expectativa de direito em direito adquirido, desde que preenchidos os já citados requisitos, conforme se extrai do recente julgado do tribunal:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. VAGAS SUPERVENIENTES.

1. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reserva, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, demonstrado o interesse da Administração Pública, surgirem novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento. Precedentes.

2. No caso, a Administração Pública, por meio do Edital nº 002-CG, convocou mais 226 vagas candidatos habilitados em cadastro de reserva, tendo surgido mais 111 vagas ante a desclassificação e não comparecimento de candidatos, o que é mais do que suficiente para a convocação do ora agravante para realizar o Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar do Estado da Bahia, atendidos os requisitos exigidos dos demais candidatos convocados.

3. Retificação do voto do Ministro Relator.

4. Agravo regimental provido.(AgRg no RMS 38.117-BA, Relator Min. Castro Meira. DJE 08/02/2013. grifos nossos)

Por outro lado, a questão tortuosa surge quanto à produção de provas. Em regra, os candidatos não leem diariamente as publicações, geralmente, insculpidas nos Diários Oficiais., a fim de exercer maior controle acerca de nomeações de servidores temporários.

Em razão disto, surge a possibilidade da impetração sem os documentos, mas com o pedido de juntada dos documentos que comprovam o fato e que estejam com a Administração Pública. Logo, não pode haver extinção do processo sem resolução de mérito, por ausência de comprovação do direito líquido e certo, já que a lei permite que a autoridade coatora seja obrigada a apresentar documentos em sua posse e com eles se possam deferir ou não o pedido do impetrante, conforme dispõe o artigo 6º da Lei 12.016/09.

### **5.11 Limitação do número de Aprovados**

Em alguns concursos, há a presença do número de vagas e da quantidade de aprovados que ficaram no chamado “cadastro de reserva”. Por uma questão de economia, geralmente, a Administração fixa o número de candidatos aprovados.

No âmbito federal há a presença do Decreto nº 6.944/2009, que trata da limitação do número de aprovados. A limitação pode ser instituída nos âmbitos estaduais ou federais, de acordo com a competência legal. Portanto, se não houver a explicitação, no edital, do número de aprovados, todos os que alcançaram os mínimos por matéria estarão aprovados e poderão ser nomeados. Nesse sentido, confira-se o recente julgado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE DO EDITAL DE CONSTAR EXPRESSAMENTE O ART. 16 DO DECRETO 6.944/2009. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LIMITAÇÃO DE APROVADOS NO EDITAL. NULIDADE DA REPROVAÇÃO SOB CRITÉRIO DE NÚMERO DE APROVADOS EM RELAÇÃO AO NÚMERO DE CARGOS. (...). 3. O art. 16 do Decreto nº. 6.944, de 21 de agosto de 2009 estabelece o número máximo de candidatos aprovadas em relação à quantidade de vagas previstas no edital, nos termos de seu Anexo II, o qual fixa em cinco aprovações para a hipótese de concurso para preenchimento de cargo em que só tenha uma vaga, hipótese do presente caso. 4. O parágrafo 4º do referido artigo determina que o disposto no art. 16 deverá constar do edital do concurso público, o que não ocorreu, visto que há apenas referência do Decreto nº. 6.944 em seu preâmbulo, não fazendo constar expressamente o art. 16, bem como o Anexo II, que limita o número de candidatos aprovados. 5. Ante o princípio da legalidade estrita a que está submetida a Administração Pública, mostra-se irregular a utilização de critérios, os quais não foram expressamente definidos no edital, o que torna nula a parte final do Provimento nº. 04/11-R, que reprovou a ora impetrante, sob critério não constante do texto do edital. 6. A sentença de primeiro grau

não se imiscuiu em critérios adotados pela banca examinadora, tampouco na discricionariedade administrativa de provimento do cargo, havendo se atido à apreciação da legalidade e da observância das normas do edital. 7. Improvimento da apelação e da remessa oficial. (APELREEX25822/RN, TRF5, Quarta Turma, Ivan Lira de Carvalho, DJE: 24/01/2013).

Caso o edital não preveja a limitação e a Administração mesmo assim limite o número de aprovados, dará ensejo a impetração da ação mandamental para que seja colocado o nome de todos os aprovados. Estes continuarão com a esperança de serem nomeados.

### **5.12 Existência de Cargos Vagos por Exoneração e Aposentadoria**

Nos termos das disposições constitucionais, o concurso público tem prazo de vigência de dois anos, sendo prorrogável tal prazo. Nesse período, podem acontecer exonerações, por posse em cargo público inacumulável, e outras hipóteses de vacância. O natural é que as pessoas que ficaram em cadastro de reserva sejam nomeadas.

Isso em regra, porquanto a política do “empreguismo”, que é corrente na Administração Pública, inviabiliza a constatação de vagas, sem mencionar o fato de que muitos Administradores só fazem concurso quando são assinados Termos de Ajustamento de Condutas. Os candidatos aprovados quando não conseguem sua nomeação pela via administrativa necessitam impetrar o devido *writ*.

Para a comprovação de tal fato, o candidato pode juntar as publicações. Sem elas é possível o manejo do Mandado de Segurança, sendo informado à autoridade coatora o dever de juntar aos autos os documentos solicitados pelo impetrante, conforme exposto no tópico 1.5.12.

### **5.13 Horário de realização da prova**

Conforme foi afirmado acima, encontra-se dentro da discricionariedade da Administração Pública a data da realização das provas referentes ao certame público. Entretanto, esse poder não pode ser abusivo.

Todas as religiões tem um dia especial ou de “guarda”. Para a maioria dos cristãos esse dia é o domingo, para os judeus o sábado e para os islâmicos é a sexta-feira. Na

religião cristã, há a Igreja Adventista, que guarda o sábado, em similitude com os preceitos judaicos.

Com efeito, se uma pessoa professa a religião judaica ou participa da Igreja Adventista e a prova do concurso vai se realizar em um sábado, é possível a realização da prova no horário adequado, que é após às 18h00min, que é a hora que termina o *sabbath*. Se esse direito não for respeitado, cabe a impetração da ação mandamental, tendo como causa de pedir, a liberdade de culto, presente na Constituição Federal.

Fica a indagação se tal direito é permitido para os cristãos que tem no domingo o seu dia de culto, quando a prova for marcada para o domingo. Para a dúvida, tem-se que levar em conta os mandamentos religiosos. Em regra, as Igrejas católicas e evangélicas, não obrigam seus fiéis a não andarem determinada quantidade de quilômetros no domingo ou não fazerem qualquer atividade lucrativa. O costume é esse. Corroborando o exposto aqui, tem-se o seguinte julgado:

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. CONCURSO VESTIBULAR. LIBERDADE RELIGIOSA. ART. 5º, VI, DA CF/88. PROVA REALIZADA EM HORÁRIO ESPECIAL. PERDA DE OBJETO. Mandado de segurança com pedido liminar initio litis deferido, para realização de concurso vestibular. Realizado o vestibular, tem-se a perda de objeto do presente mandamus. Remessa oficial improvida (TRF-5 - REOMS: 89205 SE 0000115-17.2004.4.05.8500, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 15/02/2005, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 12/04/2005 - Página: 427 - Ano: 2005)

Logo, a ação mandamental impetrada pelo cristão, que não seja adventista, buscando a modificação do dia da prova marcada para o domingo para o outro dia da semana ou outro horário deve ser rejeitada. Nesse entendimento, devem-se levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

#### **5.14 Acumulação de Cargos**

Em regra, os cargos públicos não são passíveis de cumulação. Recomendação constitucional mais que correta, pois, em respeito ao princípio da eficiência, um servidor pode não desempenhar bem suas habilidades estando em dois ou mais cargos.

Ademais, pelo princípio democrático, quanto mais pessoas participarem da administração mais democracia estatal haverá. Vale pontuar que, nos casos em que se

permite a acumulação, esta deve respeitar o teto remuneratório e a compatibilidade de horário, e só poderá ocorrer nos seguintes casos::

Art 37

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Como regra limitadora de direitos, a norma deve ser interpretada restritivamente. As vedações impostas nos incisos “a” e “c” não encontram dificuldades de serem entendidas. Ponto de discórdia encontra-se no conceito do que seja cargo técnico ou científico a dar ensejo a acumulação com o cargo de professor.

Tal conceituação é necessária, já que certos estatutos requerem, no ato da posse, declaração de não cumulação de cargo público. Logo, pode haver exoneração, que poderá dar ensejo à ação mandamental, se não for bem compreendida essa conceituação.

Vale ressaltar que a qualificação de cargo técnico não surge da mera designação, mas sim, do seu caráter científico. Além disto, o cargo técnico, para os efeitos de acumulação excepcionais de cargo público, é o que exige prévia habilitação especial para o seu exercício.

Portanto, de acordo com a doutrina e jurisprudências dominantes, cargo técnico ou científico, para fins de acumulação remunerada, é tanto o cargo de nível superior que exige uma habilitação específica quanto o cargo de nível médio que exige curso técnico específico.

Como exemplos desses cargos, tem-se o de analista judiciário com a especialidade em Medicina, Odontologia, Engenharia Civil, dentre outros. Quanto aos cargos técnicos de nível médio, tem-se o de técnico em contabilidade, que exige curso específico; técnico em segurança do trabalho, técnico de enfermagem, dentre outros.

Portanto, sendo impedida a posse do candidato aprovado em razão de não se poder cumular os cargos de professor com os de natureza científico e técnico, nasce a possibilidade do manejo da ação mandamental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia do Concurso Público é um direito que se estende a toda a sociedade e também à Administração Pública, pois dele decorrem consequências benéficas, desejáveis pelo Estado Democrático de Direito.

Um das poucas garantias que os candidatos à vaga no Serviço Público têm é a de que os certames públicos devem pautar-se pelos princípios da moralidade, publicidade, legalidade, impessoalidade e eficiência, sem embargo de outros princípios não previstos expressamente, mas que devem guiar a atuação do Poder Público, como a razoabilidade e isonomia.

Mesmo diante da passividade do legislador pátrio, importantes decisões têm sido tomadas no sentido de resguardar os interesses dos candidatos a uma vaga no serviço público. Felizmente, a postura, antes majoritária na doutrina e na jurisprudência no sentido de vedar, em toda e qualquer circunstância, a intervenção judicial nos critérios de correção, vem sendo parcialmente abandonada, em resposta às frequentes ocorrências de arbitrariedades nos critérios e formas adotados pelas Bancas Examinadoras.

Entretanto, alguns magistrados continuam entendendo pela não correção de erros e desvios praticados no âmbito dos certames públicos sob o pálio da não interferência no mérito administrativo, decorrente do princípio da separação dos poderes. Entendemos que essa postura está incorreta, já que a intervenção judicial tem por escopo o respeito à legalidade e não fere o princípio alhures citado.

O manejo do Mandado de Segurança em Concursos Públicos carece de maior estudo por parte da Doutrina. Por isto, surge a necessidade de adaptar os conceitos arrolados na lei nº 12.016/09 à realidade do certame público, dentre eles, o polo passivo da demanda, porquanto alguns magistrados entendem que o presidente da Banca Examinadora não pode estar na lide. Esse entendimento fere as disposições legais, tendo em vista que este se encontra no exercício de função delegada.

A ação mandamental, além de corrigir desvios durante o certame, serve, também, para garantir o exercício do direito conquistado, quando a Administração Pública impede a posse, suspende portarias, ou não dar publicidade eficaz aos seus atos, fatos, infelizmente, comuns notadamente nos âmbitos estaduais e municipais. Entretanto, o correto uso do *writ* inibe o mau vezo administrativo perpetrado por administradores mal intencionados.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativo**, 10<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo, Atlas, 2012.
- DI PIETRO. Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo, Saraiva, 2013.
- GASPARINI, Diógens. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- MATSUURA, Lilian. **Leia motivos da Lei do Mandado de Segurança**, 13 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-ago-13/leia-exposicao-motivos-proposta-regulamentou-mandado-seguranca>.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2013.
- MOTTA, Fabricio. **Concurso Público e Constituição**. 1<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007.
- ROCHA, Francisco Lobelle de Oliveira. **Regime jurídico dos Concursos Públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo, Malheiros, 2006.