

**LILLIAN ODER MARQUES CAMPELO**

**O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS EDITAIS  
DE CONCURSOS PÚBLICOS**

**Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Elaboração de Monografias do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Francisco de Araújo Macedo Filho**

**Fortaleza**

**2009**

**LILLIAN ODER MARQUES CAMPELO**

**O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS EDITAIS DE  
CONCURSOS PÚBLICOS**

**Monografia submetida à Coordenação de  
Atividades Complementares e Elaboração  
de Monografias do Curso de Graduação em  
Direito, da Universidade Federal do Ceará,  
como requisito parcial para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.**

Apresentada em: 04/06/2009.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Francisco de Araújo Macedo Filho (Orientador)**

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Paulo Martins dos Santos**

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Wagneriana Lima Temóteo**

Universidade Federal do Ceará - UFC

CONCEITO FINAL: \_\_\_\_\_

À minha mãe, Lucy Mary Marques Campelo, por  
todo amor e toda confiança, minha eterna gratidão.

## AGRADECIMENTOS

Considerando a dificuldade de traduzir em palavras o sentimento que me domina, para não correr o risco da injustiça, agradeço de antemão a todos que de alguma forma passaram pela minha vida e contribuíram para a construção de quem sou hoje.

Contudo, particularmente, faz-se necessário expressar minha gratidão incondicional a algumas pessoas pela contribuição direta na construção dessa obra:

A DEUS, que me deu vida e inteligência, e que me dá força para continuar a caminhada em busca dos meus objetivos.

À minha família, por serem a base de tudo que sou e por me ensinarem a não temer desafios e superar os obstáculos com humildade.

A todos os amigos, que, graças a Deus, são muitos, o que me impossibilita de individualizar a minha gratidão a cada um. Só tenho muito a agradecer por existirem na minha vida, partilhando sempre comigo incentivo, carinho, amor e felicidade.

Ao Dr. Francisco de Araujo Macedo Filho, de quem sou orientanda e estagiária, mas, acima de tudo, admiradora incondicional. Muito obrigada por todas as inestimáveis oportunidades de crescimento intelectual e profissional.

Aos Professores Paulo Martins e Wagneriana Temóteo, por terem, prontamente, aceitado o convite para compor a Banca Examinadora do presente estudo.

Ao Professor Marcos de Holanda, que, pela sua sensibilidade, estímulo acadêmico e valorização cultural que atribui ao processo pedagógico, mostrou-me que alunos se desenvolvem mais e melhor quando são valorizados.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, por me presentear com as experiências mais ricas e com grandes amizades, especialmente, minhas queridas amigas “Benditas”: Andressa, Bel, Carol, Duda, Fernanda, Manu e Renata.

*“A Justiça é a razão da regra.  
O Direito é a regra da razão.”*

Mohandas K. Ghandi

## RESUMO

O concurso público é a via constitucional de acesso a cargos e empregos públicos, constituindo uma das faces do Estado Democrático de Direito, fundamentada sob os auspícios dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, entre outros. Além disso, é um dos meios idôneos de atender ao preceito de busca do pleno emprego, visando preservar o interesse público, única finalidade, aliás, que deve ser perseguida. Contudo, é evidente que o concurso público, como instituição humana, está sujeito a toda sorte de vícios, sobretudo pela ausência de regras claras sobre as etapas procedimentais dos certames, mormente no que tange ao conteúdo dos editais, que, na prática, nem sempre são bem elaborados. De fato, inúmeras são as distorções que têm sido verificadas, com muita frequência, na formulação dos editais, que estabelecem restrições e exigências desnecessárias ao cumprimento da finalidade do certame, o que não tem a menor justificativa à luz dos princípios que regem a matéria. Nesse contexto, este trabalho monográfico busca discorrer sobre tal tema, desde o estabelecimento das premissas básicas do concurso público, como seu conceito, objeto, natureza jurídica, passando pela origem e evolução histórica do instituto e, finalmente, chegando às situações configuradoras dos diversos desvios e desmandos da Administração e das Bancas Examinadoras, na elaboração dos editais, cujo excesso de poder discricionário tem comprometido a seriedade, a imparcialidade e o caráter seletivo dos concursos, em flagrante desrespeito aos princípios jurídicos da Administração, sendo, portanto, passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Palavras-Chave: concurso público, edital, discricionariiedade, controle jurisdicional.

## **ABSTRACT**

The tender is constitutional mean of access to offices and public jobs, constituting one side of the Democratic State of Law, based on the auspices of the principles of equality, of impersonality, of morality, of efficiency, among others. As well as, it is a suitable resources to meet the provision of full employment search to preserve the public interest, unique purpose, indeed, that should be pursued. However, it is clear that the public tender, as human institution, is subject to all sorts of vices, especially the lack of clear rules on the procedural steps of the events, especially regarding the content of the bids, which practically, they are not always well prepared. Indeed, it can check, very often, in the public bids unnecessary restrictions and requirements to fulfill the purpose of the event, which has no justification under the principles governing the matter. In this context, this monographic study looks forward to discuss this issue, since the establishment of basic premises of the public tender, as its concept, object, legal nature, by origin and historical development of the institute, and finally arriving to configured situations of individual deviations and bad practice of the Administration and Bunkers Examiners, in the preparation of bids, whose the excess of powers discretion has undermined the seriousness, the impartiality and selective nature of competitions in flagrant disregard of the legal principles of the Administration and therefore subject to control by the Judiciary.

Keywords: tender, bid, discretion, judicial control.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 O CONCURSO PÚBLICO .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Aspectos históricos.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.1 Evolução dos meios de seleção de servidores públicos .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.2 Evolução constitucional do concurso público .....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Conceito, natureza jurídica, finalidade e objeto.....</b>	<b>19</b>
<b>2 BASE PRINCIPOLÓGICA DOS CONCURSOS PÚBLICOS .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1 Da importância do reconhecimento da normatividade dos princípios.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 O princípio democrático como fundamento central dos concursos públicos.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 Princípio da Isonomia .....</b>	<b>28</b>
<b>2.4 Princípio da Eficiência .....</b>	<b>29</b>
<b>2.5 Princípios da Competitividade e da Seletividade .....</b>	<b>30</b>
<b>2.6 Princípio da Publicidade .....</b>	<b>31</b>
<b>2.7 Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade.. .....</b>	<b>32</b>
<b>2.8 Princípio da Moralidade .....</b>	<b>33</b>
<b>2.9 Princípio da Obrigatoriedade.....</b>	<b>37</b>
<b>2.9.1 Casos de dispensa do concurso público .....</b>	<b>39</b>
<b>2.9.2 Casos de burla ao concurso público.....</b>	<b>43</b>
<b>3. O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>46</b>
<b>3.1 A nova ótica sobre o papel do Poder Judiciário na Teoria da Separação dos Poderes ou Funções do Estado .....</b>	<b>46</b>
<b>3.2 A redefinição do Princípio da Legalidade e sua relação com o controle judicial da discricionariedade na função administrativa.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2.1 Vinculação e discricionariedade.....</b>	<b>50</b>
<b>3.3 O controle da discricionariedade e a noção de mérito administrativo .....</b>	<b>52</b>
<b>3.4 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....</b>	<b>55</b>
<b>3.5 Discricionariedade administrativa e motivação: os parâmetros do controle jurisdicional.....</b>	<b>58</b>
<b>3.6 O controle administrativo: autotutela da Administração Pública.....</b>	<b>60</b>



<b>4. O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS.....</b>	<b>63</b>
4.1 Etapa interna do concurso público .....	63
4.2 Etapa externa do concurso público: divulgação por meio do edital .....	67
4.3 Fase de inscrições.....	68
4.3.1 Prazo para realização das inscrições e sua eventual reabertura.....	68
4.3.2 A taxa de inscrição e sua obrigatória isenção para os hipossuficientes.....	71
4.3.3 Da exigência de comprovação dos requisitos de habilitação do cargo ou emprego no ato da inscrição no concurso público .....	74
4.3.4 Da exigência de prática de atividade jurídica.....	76
4.3.5 Da garantia do recurso administrativo.....	81
4.3.6 Dos direitos dos portadores de deficiência .....	82
4.3.7 Da exigência de critérios discriminatórios .....	86
4.3.7.1 Idade limite.....	86
4.3.7.2 Altura mínima.....	89
4.3.7.3 Discriminação pelo sexo .....	90
4.3.7.4 Discriminação social .....	91
4.4 Fase de realização das provas.....	98
4.4.1 Provas objetivas .....	98
4.4.2 Provas discursivas ou dissertativas.....	100
4.4.3 Provas orais.....	102
4.4.4 Prova de avaliação psicológica ou exame psicotécnico.....	103
4.4.5 Provas de capacidade física .....	107
4.4.6 Provas de títulos.....	110
4.4.7 Outras modalidades de provas .....	111
4.5 Classificação, homologação dos resultados e convocação dos aprovados .....	112
4.5.1 Do respeito à ordem de classificação dos aprovados.....	112
4.5.2 Homologação do concurso público.....	113
4.5.3 Direito à nomeação x expectativa de direito .....	114
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

É cediço que a Constituição da República de 1988 traz previsão expressa em seu art. 37, II, de que investidura em cargo ou emprego público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei. Em face desse dispositivo constitucional categórico, a Administração Pública, de regra, está obrigada a realizar concurso público antes da contratação de seus servidores.

Nesse contexto, surge a necessidade da elaboração de um conjunto de regras que irão regular o ingresso no serviço público, vindo à baila o edital, que é o instrumento jurídico disciplinador do certame.

Destarte, as regras básicas do procedimento, firmando um regime de sujeição especial entre a Administração Pública e os candidatos inscritos no certame, devem, mormente no que tange aos requisitos exigidos para o acesso ao cargo ou emprego, observar um vínculo direto com as funções a serem exercidas, restando terminantemente proibidas disposições discriminatórias, desarrazoadas, inadequadas, desnecessárias e desproporcionais às atribuições a serem desempenhadas pelo candidato que se pretende selecionar.

Todavia, não raro, é possível encontrar disposições editalícias eivadas de arbitrariedade, extrapolando a Administração a discricionariedade que lhe é conferida para a elaboração dos editais, culminando numa avalanche de ações no Judiciário.

Considerando, pois, que a abertura de novos postos de trabalho pelo Poder Público ganha extrema importância, o que se observa nas filas gigantescas formadas quando um novo edital é publicado, dada a crescente onda de desemprego instalada em nosso país, mormente nesse momento de crise econômica mundial, em que passamos pelas tensões de uma possível recessão, buscaremos fazer uma análise, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, sobre algumas situações flagrantemente atentatórias em que o edital estabelece restrições e exigências descabidas, sendo, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis.

Explorando, prioritariamente, uma linha de análise doutrinária e jurisprudencial, para conseguirmos desenvolver nossas próprias ideias, a partir das lições repassadas, passaremos por várias searas do Direito Público, indo do Direito Constitucional, passando pelo Direito Administrativo e também pelo estudo do Direito Processual.

Inicialmente, faremos uma breve explanação sobre alguns aspectos relevantes do instituto do concurso público, procurando estabelecer suas premissas básicas, primando pela dignidade constitucional do tema, ao cuidar também da principiologia regedora da matéria.

Empós, focaremos o estudo na função administrativa e na atual condição do Poder Judiciário diante de um Estado Social Democrático, tentando definir a possibilidade e a amplitude da tutela jurisdicional sobre os atos da Administração Pública, abordando a definição da discricionariedade administrativa, sobretudo a fim de especificar o chamado mérito do ato administrativo, para se delimitar os parâmetros do controle jurisdicional, com o escopo de conter o arbítrio e moderar o exercício do poder, posto que, hoje, já se encontra ultrapassado o simples controle da legalidade formal.

Dessa forma, cumpridas as etapas anteriores, em que pese, estarmos cientes da impossibilidade de abordarmos o tema de forma completa, buscaremos explicar detalhadamente cada fase do concurso público, procurando expor a viabilidade do controle jurisdicional sobre as exigências e requisitos publicados nos editais, sobretudo, aos olhos da jurisprudência pátria, mostrando os principais pontos conflituosos nas lides relativas aos certames, a fim de compatibilizar a cláusula da separação dos poderes com a do acesso à justiça, justamente para se averiguar, nas situações abordadas, o papel e a legitimidade do Poder Judiciário, como agente assegurado da efetividade da Constituição e das leis.

# 1 O CONCURSO PÚBLICO

Embora o foco central do presente estudo seja a análise do controle jurisdicional sobre os editais de concursos públicos, necessário se faz tecermos considerações iniciais sucintas, porém elucidativas, sobre alguns aspectos relevantes concernentes aos certames, a fim de assentarmos suas premissas básicas, procurando, nessa breve explanação, estabelecer sua origem, evolução histórica, natureza jurídica, conceito, objeto, finalidade e fundamento.

## 1.1 Aspectos históricos

### 1.1.1 Evolução dos meios de seleção de servidores públicos

Segundo o publicista Cretella Júnior<sup>1</sup>, desde a Antiguidade, os governantes procuram um método idôneo de recrutamento do pessoal para ocupar os cargos públicos. O mencionado autor preleciona os mais conhecidos meios de seleção aplicados no decorrer da História, sendo identificados os seguintes: sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, livre nomeação absoluta, livre nomeação relativa, eleição e concurso.

O sorteio, considerado processo de inspiração divina e de uso restrito, usava o critério do acaso como método de escolha. Geralmente, aplicava-se mais aos mandatos de natureza política do que aos cargos públicos efetivos. Podia ser puro e simples, quando utilizado de maneira indistinta a uma pluralidade de pessoas, ou condicionado, aplicável àqueles que detinham certos requisitos apreciáveis dentre os que poderiam ser selecionados para os cargos públicos<sup>2</sup>. Tinha a vantagem de afastar escolhas pessoais e favoritismos; entretanto, o sistema meramente aleatório não era garantia de prestigiar o mais capacitado para atuar nos serviços ou funções em nome do Estado.

---

<sup>1</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 352-358.

<sup>2</sup> No Brasil, o sorteio teve raras, mas felizes, aplicações. Merece menção o Decreto n. 1.860, de 4-1-1908, que dispunha: “regula o alistamento e o sorteio militar e reorganiza o Exército”.

A compra e venda, mais comum na Idade média, transformou o cargo público em mero objeto mercantil, isto é, uma mercadoria do Estado vendida aos mais ricos, suscetível, inclusive, de transmissão hereditária. Trazia séria desvantagem por assegurar os postos públicos aos mais abastados e não aos mais capazes.

A herança, instituída igualmente na Idade Média, traduzia a transmissão dos postos públicos de pai para filho pelo vínculo sanguíneo. Revelou-se um sistema muito inconveniente, posto que nem sempre os herdeiros estavam à altura do antepassado, não havendo qualquer garantia de aptidão compatível com o exercício do *múnus* público.

No arrendamento, os cargos públicos eram cedidos pelo Estado aos particulares, por prazo determinado e mediante contraprestação pecuniária em favor dos cofres públicos. Percebe-se, pois, que também configura espécie de comercialização dos cargos e funções públicas, a exemplo da compra e venda, revelando as mesmas vantagens e desvantagens desta, entretanto, a diferença reside no fato de que, no arrendamento, não havia transferência definitiva ao particular, mas um aluguel do *múnus*, por prazo determinado.

A nomeação, muito utilizada, aliás, na época do Brasil Império<sup>3</sup>, consistia na indicação de alguém, por pura conveniência estatal, para ocupar o posto público. Pelo sistema da livre nomeação absoluta, a designação era realizada, de maneira exclusiva, por uma autoridade, sem a ingerência de qualquer outro Poder. Já no sistema da livre nomeação relativa, a escolha consiste em um ato complexo, no qual a indicação de determinada pessoa para ocupar o posto público deve submeter-se ao crivo de outro Poder.

Quanto à disciplina da livre nomeação na realidade atual do Brasil, é preciso dizer que, em regra, aplica-se aos cargos em comissão, desde que a lei garanta percentual mínimo deles aos servidores de carreira e às funções de confiança, dentre os servidores ocupantes de cargos efetivos (CF/88, art. 37, V).

Assim, a técnica da nomeação é permitida em casos excepcionais, sendo que, no tocante aos cargos em comissão, a regra é a livre nomeação absoluta, enquanto que a livre nomeação relativa só poder ser utilizada mediante expressa previsão constitucional ou legal, como ocorre, por exemplo, com os diretores do Banco Central do Brasil e os diretores das

---

<sup>3</sup> A maioria dos cargos do Reino eram exercidos a título de delegação, direta ou indireta, do Imperador. Tinha-se tão-somente o exercício de cargos sob a modalidade “em confiança”, podendo o Imperador admitir ou exonerar funcionários públicos quando julgasse conveniente. Tal situação fundamentava-se na presunção de que a vontade do Imperador confundia-se com a vontade do próprio Estado, bem como com a vontade e interesse coletivo.

Agências Reguladoras, respectivamente, cuja indicação é exercida pelo Presidente da República e submetida ao crivo do Congresso Nacional.

Também não se pode deixar de comentar que, para os cargos efetivos, a Constituição, excepcionalmente, autoriza a nomeação de pessoas, desde que submetidas à aprovação do Poder Legislativo, a exemplo da cúpula do Poder Judiciário, cujo cargo de provimento, aliás, ostenta natureza vitalícia automática.

Quanto à análise do critério da eleição, surgida na época da Revolução Francesa<sup>4</sup>, impende esclarecer que não se confunde com o atual sistema eleitoral dos parlamentares e Chefes do Poder Executivo<sup>5</sup>. Na verdade, a eleição representava um mecanismo seletivo mais ajustado às teorias da soberania popular. Afinal, as eleições, para a escolha não de cargos políticos, mas administrativos, relegava ao povo a possibilidade de, direta ou indiretamente, escolher quem seriam os servidores do Estado.

Cumprе ressaltar, não obstante o caráter democrático deste sistema, as críticas cabíveis, afinal, nem sempre a escolha do povo recairia sobre o agente mais capaz, pois o processo eleitoral pode, muitas vezes, ser conduzido por grupos dominantes, comprometendo a lisura da seleção, na medida em que as mazelas do sistema eleitoral, na seara política, tenderiam a se imiscuir nas funções permanentes de natureza técnico-administrativa, para o exercício das quais são exigidas, condicionalmente, imparcialidade ou independência.

Por fim, o critério do concurso público, processo de seleção desenvolvido na França, a partir de Napoleão, que se impôs à custa de muitas lutas contra seus opositores. Vale registrar que o concurso, ainda que passível de vícios e falhas, revela-se, dentre todos os sistemas ora indicados, como o mais idôneo meio de seleção e recrutamento de agentes.

Nesse sentido, Cretella Júnior<sup>6</sup> ensina:

---

<sup>4</sup> O modelo francês foi adotado pelos Estados Unidos, em que o sistema eletivo passou a integrar o direito público americano, posto que, em boa parte dos Estados, os cargos, inclusive, os de função judicante, são providos pelo sufrágio.

<sup>5</sup> As eleições são usadas, em regra, para escolha de agentes políticos, mas, excepcionalmente, servem para a escolha de agentes públicos, como acontece, por exemplo, atualmente, para a escolha de juiz de paz (art. 98, II, CF/88), membros do Conselho da República (art. 89, VII, CF/88) e dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público (art. 103-B, XIII, e art. 130-A VI, ambos da CF/88).

<sup>6</sup> Op. cit. p.357.

Embora se diga que o concurso não é isento de falhas insanáveis, afastando as maiores capacidades que, por modéstia ou timidez, não pretendem arriscar a reputação de que gozam perante comissões nem sempre unanimemente idôneas, tendo sido, por isso mesmo, repellido pelas antigas legislações da Inglaterra e da Alemanha, que, no entanto, por outros processos levaram às cátedras nomes famosos, como Kant e Ihering, embora também se diga que alguns candidatos, por acaso, podem ser beneficiados com matéria que justamente mais conheçam, não obstante se diga também que os mais brilhantes possam impressionar melhor nas provas públicas, o que ninguém pode negar é que, de todos os modos de seleção, é o único que tem o grande mérito de arredar *in limine* os absolutamente incapazes, o único que procede de acordo com princípios informativos de índole científica.

### 1.1.2 Evolução constitucional do concurso público

Nos termos da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. (...)

II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.<sup>7</sup>

Apesar de nossa Carta Política consistir, hodiernamente, na fonte normativa primária do concurso público, sendo a principal balizadora dos seus contornos jurídicos, nem sempre os certames gozaram de idêntico tratamento perante o constituinte, fazendo-se necessária, aqui, uma rápida digressão sobre a evolução constitucional do concurso público.

Conforme já comentado anteriormente, no contexto do Brasil Império, as funções públicas eram exercidas, em sua maioria, por delegação do Imperador, pois não havia a previsão constitucional expressa de um processo seletivo prévio. Contudo, já garantia a Constituição Política do Império do Brasil, em seu art. 179, XIV, que "todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Publicos Civis, Politicos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes".

---

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2009.

Mais adiante, quando da proclamação da República e da promulgação de nova Carta Constitucional, em 1891, foi mantido o sistema discricionário de contratação e exoneração de servidores públicos, dispondo a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em seu art. 73, que "os cargos publicos, civis ou militares, são accessiveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as accumulações remuneradas".

Com a Revolução Constitucionalista de 1932, Getúlio Vargas, que havia dissolvido o parlamento no Golpe do Estado Novo, convocou Assembléia Nacional Constituinte, que votou e promulgou, em 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual, em seu art. 170, 2º, abaixo transcrito, estabeleceu a utilização de mecanismo imparcial para o provimento de cargos públicos. Reconhecia-se, neste momento histórico, o concurso público no ordenamento jurídico brasileiro, como princípio constitucional expresso. Vejamos a redação do mencionado dispositivo:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionarios Publicos, obedecendo ás seguintes normas, desde já em vigor:

(...)

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

Importante notar que o concurso público era aplicável a situações específicas, para as quais houvesse exigência legal, e para os cargos organizados em carreira, sendo exigível, em relação a estes, tão somente para o provimento no cargo inicial da carreira.

Em 1937, quando da promulgação da nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, foi mantido o instituto do concurso público em relação aos cargos de carreira, pelo art. 156, b, abaixo transcrito:

Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

(...)

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos.

Convém acrescentar que os concursos eram de provas ou títulos, o que possibilitava a seleção dos candidatos, baseando-se, exclusivamente, em títulos.



Semelhantes contornos foram seguidos pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1946, conforme seu art.186, senão vejamos:

Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

Somente com a promulgação, em 1967, da Constituição do Brasil, o concurso público passou a ser obrigatório para o provimento de todos os cargos públicos, excetuando-se os cargos em comissão, conforme é possível se observar da redação do seu art. 95, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

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

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

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

Nesse caso, foi vedada a possibilidade de seleção com base unicamente em títulos, ao contrário do que ocorria nos regimes constitucionais anteriores, passando-se para a previsão expressa de concursos públicos de provas ou de provas e títulos.

Todavia, como a exigência de concurso público para provimento de todo cargo público inviabilizou a organização necessária em diversos casos, como nos cargos em carreira, a Constituição de 1969, por meio de seu art. 97, §§ 1º e 2º abaixo colacionado, retornou a questão ao molde anterior, qual seja, a necessidade de que a investidura em cargo público fosse antecedida de concurso público como sendo aplicável tão somente em relação à primeira investidura, ou seja, dispensando claramente concurso público no tocante a provimentos derivados. Vejamos:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei

§1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

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

Passado o regime ditatorial, retornou o Brasil a um regime democrático e uma das primeiras providências adotadas foi a de se convocar Assembléia Nacional Constituinte, de modo a que se expurgassem as mazelas do regime militar. Assim, notando a possibilidade existente, na Constituição anterior, de que por lei fossem criados cargos efetivos para os quais o concurso público seria dispensável, o legislador constituinte fez constar no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, o art. 37, II, exigindo a aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Diante das muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o mencionado dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>8</sup>, ao se manifestar sobre o sentido e o alcance da norma, esclareceu que a exigência constitucional não era impeditivo a que fossem os cargos organizados em carreira, vale dizer, o que a Constituição havia vedado, além do ingresso sem concurso público, era a passagem de servidores ocupantes de determinados cargos para outros cargos integrantes de carreiras diversas, sendo incompatível, portanto, com os institutos da ascensão funcional, transformação de cargos e transferência de servidores, visto que não limitou o concurso público à primeira investidura.

Considerando esse breve estudo da evolução histórica e constitucional do concurso público no Brasil, pode-se afirmar, seguramente, que, na atualidade, tal instituto emana da Constituição, com *status* de princípio constitucional explícito.

Além disso, com base na autonomia político-administrativa a que se referem os arts. 18, 25, § 1º e 30, I, de nossa Carta Magna, a competência para legislar sobre concurso público cabe, indistintamente, à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, mediante leis próprias em cada esfera governamental, uma vez que, cada unidade dispõe de autonomia para tratar sobre a organização de seus próprios serviços públicos, decorrendo disso, a possibilidade de dispor sobre a via de preenchimento dos cargos e empregos que compõem a organização administrativa.

Importa ressaltar, baseando-se nos dizeres de Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>9</sup>, que, apesar do tratamento constitucional fixado, o Brasil ainda carece da positivação de normas infraconstitucionais para melhor regular os certames e para conferir

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 685: É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

<sup>9</sup> MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12-13.

maiores garantias à coletividade. A ausência de uma lei básica sobre concurso público funciona, na prática, como uma “delegação normativa” às bancas examinadoras, que cometem toda ordem de arbítrio, por meio dos editais, nem sempre bem elaborados e que, muitas vezes, transmudam-se em verdadeiros regulamentos autônomos, visto que não se respaldam em uma matriz normativa de índole legal, revestindo-se, pois, de manifesta inconstitucionalidade.

Tímida tentativa de regulamentação ocorreu no Distrito Federal, após longa tramitação, de quase três anos, quando a Câmara Legislativa aprovou a Lei 3.697/2005, de autoria do deputado Chico Leite, que ficou conhecida como a Lei dos Concursos. Entretanto, em maio de 2006, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) suspendeu a norma. Inconformado, o deputado articulou com a bancada governista da época para que fosse apresentado novo projeto de lei, dessa vez como iniciativa do próprio Executivo.

O substitutivo ao projeto do Executivo – que teve a chancela de todos os deputados distritais – foi aprovado em junho de 2006, mas acabou vetado pelo Governo do Distrito Federal. Ocorre que, em fevereiro de 2007, o veto foi derrubado no Plenário da Câmara. A nova Lei dos Concursos (3.964/07) passou a valer. Mas, infelizmente, não por muito tempo. Nova ADI suspendeu os efeitos da Lei, ao argumento de que o substitutivo extrapolara o texto enviado pelo Executivo.

Paralelamente à luta pela aprovação da Lei dos Concursos do Distrito Federal, cresceu o debate para expandir a idéia para o âmbito federal, mesmo assim nada de concreto foi feito até agora. Tal situação, dentre outros aspectos relevantes, afigura-se deveras preocupante e plenamente inadmissível na atualidade, o que tem acarretado inúmeros transtornos para os administrados, pois, com certa frequência, verificam-se inúmeras disposições discriminatórias, violando, ainda que de maneira tênue, o princípio da igualdade, viga mestra do concurso público e de todo o nosso ordenamento jurídico, o que não se pode tolerar, conforme veremos de forma detalhada nos capítulos seguintes.

## **1.2 Conceito, natureza jurídica, finalidade e objeto**

A palavra concurso tem sua origem do latim “*concursum*”, que é uma variação do verbo “*concurrere*”, que significa "correr junto, correr com".

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup>, concurso seria:

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

Na lição de Éder Sousa<sup>11</sup>, o conceito de concurso público, de uma forma mais completa, deve levar em conta dois sentidos, um objetivo e outro subjetivo:

O primeiro diz respeito ao Poder Público, significando ser promovidos por entidades estatais e não por entes privados ou por pessoas físicas. Em sentido subjetivo quer dizer direcionado ao público em geral, ou seja, a todos aqueles que preencham, naquilo que nos interessa, os requisitos inerentes aos cargos, aos empregos ou às funções públicas que visa a preencher. Nesse raciocínio, é correto afirmar que o concurso público é o instrumento através do qual o Poder Público, *lacto sensu*, escolhe, objetivamente falando, dentre os inscritos, o candidato que mais se destacar na somatória das notas obtidas nas diversas etapas do certame.

A doutrina discute a definição da natureza jurídica dos concursos públicos, diante da necessidade de se estabelecer se o concurso é procedimento ou processo administrativo.

O processo, como se sabe, materializa-se através de um procedimento, sendo este, então, a modalidade ritual de cada processo. Assim, todo processo é composto por atos que formam o procedimento, mas, a recíproca se faz errônea, como orienta o professor Hely Lopes Meirelles<sup>12</sup>, quando salienta que “existem procedimentos administrativos que não constituem processo como, por exemplo, os de licitação ou concurso”.

Destarte, o procedimento é um aspecto do processo que com ele não se confunde, pois o conceito de processo é finalístico ou teleológico, uma vez que reconhecemos nele um complexo de atos processuais sob o ponto de vista de sua finalidade, enquanto o procedimento, por sua vez, é a forma, o modo, o meio pelo qual o Estado alcançará este fim.

Segundo Diógenes Gasparini<sup>13</sup>, concurso público seria um procedimento disponibilizado para a “Administração Pública direta e indireta, de qualquer nível de governo,

---

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p 436.

<sup>11</sup> SOUSA, Éder. *Concurso Público Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000, p. 21-22.

<sup>12</sup> Op. cit. p. 685.

<sup>13</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

para a seleção do futuro agente público melhor qualificado, necessário à execução de serviços sob a sua responsabilidade”. O autor traz a ideia de uma série de atos encadeados, segundo uma linha cronológica estabelecida previamente, que juntos caminham para um resultado final: a seleção do melhor candidato para atender ao interesse público.

Na visão do Prof. José dos Santos Carvalho Filho<sup>14</sup>:

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

Ainda, com base nas espécies de procedimento administrativo, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, o concurso ostentaria natureza jurídica de um procedimento administrativo externo, ampliativo e de índole concorrencial. Externo, porque deve ser aberto à coletividade; ampliativo, pois visa ao exercício de um direito constitucionalmente assegurado; concorrencial, porque envolve uma competição entre os administrados com vistas ao credenciamento junto ao Estado do *status* de agente público.

Registrados os mencionados referenciais doutrinários, não obstante se fale em procedimento, o concurso, na verdade, constitui um processo administrativo, visto que está voltado para um determinado fim, qual seja, a realização de um objetivo final da Administração Pública, que é exatamente a seleção de pessoas para atuar nos serviços ou funções em nome do Estado.

Decorrente dessa finalidade seletiva, o objeto material do concurso são os cargos e empregos públicos vagos, para os quais seja necessário o imediato provimento, sendo seu objeto jurídico o preenchimento de tais lugares vagos na estrutura administrativa, mediante realização de provas ou provas e títulos, atendida a ordem de classificação final dos candidatos.

---

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 554.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: de Malheiros, 2006, p. 475-476.

## **2 BASE PRINCIPIOLÓGICA DOS CONCURSOS PÚBLICOS**

É cediço que os princípios exercem importantes funções, no contexto da aplicação do Direito, sobre a conduta dos agentes públicos, mormente em se tratando de tema relacionado aos concursos públicos.

Conforme veremos, em face dos postulados da democracia e da indisponibilidade do interesse público, o Estado precisa observar a isonomia, eficiência, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade, publicidade, competitividade, seletividade e obrigatoriedade, nos procedimentos concorrenciais, a fim de cumprir o seu dever social de selecionar os melhores servidores.

Desde já, adverte-se que, propositalmente, a análise dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital foi relegada para momento mais oportuno adiante, por melhor se compatibilizarem com os debates dos próximos capítulos.

### **2.1 Da importância do reconhecimento da normatividade dos princípios**

Convém afirmar que o grau de desenvolvimento ético-jurídico de uma nação pode ser medido em razão do valor que o respectivo ordenamento jurídico dispensa aos princípios, considerando que estes representam verdadeiro alicerce de todo o sistema normativo, compondo-lhe o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão, a fim de lhe conferir sentido harmônico, dentro da lógica e da racionalidade, bem como sob uma perspectiva de efetividade no plano social.

Com o objetivo de compreendermos, então, como se chegou ao acentuamento da hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assentam os novos sistemas constitucionais, é preciso que façamos uma breve análise do surgimento e desenvolvimento do Estado, sem pretensão de maior aprofundamento sobre os temas relacionados à Ciência Política, Teoria do Estado e Filosofia do Direito.

Considerando a natureza social do homem, bem como tendo em conta os inevitáveis conflitos surgidos em razão da convivência em sociedade, cria-se o Direito como meio de controle e otimização da vida no ambiente coletivo, estabelecendo uma previsão de conduta idealizada (dever-ser).

Nesse contexto, surge o Estado, como forma mais evoluída de organização social do poder, cabendo-lhe criar e impor o Direito ao grupo social, num determinado espaço territorial, sendo-lhe permitido, inclusive, o uso da força, se necessário, para garantir o cumprimento das normas instituídas.

Assim, o Estado, enquanto criação do homem para seu próprio proveito em coletividade, tem como finalidade maior o bem de todos através da garantia da ordem jurídica e do interesse público. Por tal razão, o próprio povo legitima o poder político, que se exerce de forma soberana e una.

Contudo, a experiência da humanidade revelou que os governantes não são infalíveis e, por isso, quando concentram o poder em suas mãos, tendem ao uso abusivo e à perversão ideológica, desviando-se dos interesses coletivos para usá-lo em proveito próprio, o que leva à injustiça, negando-se liberdade à nação.

O Estado Absolutista bem demonstrou esta distorção, visto que apresentava como característica fundamental a concentração do poder nas mãos do monarca, levando-o a cometer todo tipo de desmandos. Tal atuação absurda incitou a coletividade a tomar o poder, por isso se deflagraram as revoluções populares, movidas por ideologias inovadoras da época, mormente as ideias iluministas do século XVII, culminando na retomada da titularidade do poder político pelo povo<sup>16</sup>.

Surge, pois, o Estado Moderno, pautado na premissa de que o governo teria seus poderes delimitados pela lei, que retrataria a vontade geral, consolidando o princípio da legalidade. Nesse sentido, o Estado representava uma criação jurídica decorrente de um texto máximo representativo do pacto social: a Constituição. O modelo de Estado Liberal de Direito, entretanto, trouxe abismos sociais, pois fazia prevalecer apenas os interesses da burguesia. Tal configuração fomentou novas ideologias, que buscavam basicamente uma igualdade material.

---

<sup>16</sup> A titularidade do poder político nas mãos da nação era fruto da ideologia do abade Sièyes, que entendia ser aquela o terceiro Estado, a substituir a monarquia e o clero.

Em decorrência desses novos ideais, surge o Estado Social, sob influência pós-positivista, conciliando legalidade com legitimidade, na medida em que os valores sociais foram consubstanciados na Constituição, por meio de princípios, que passaram a ser considerados verdadeiras normas jurídicas, exigindo mudança no *status quo*, o que implicava ação positiva do Estado em favor da sociedade. Em verdade, pedia-se justiça social, por isso a tônica do Estado Social seria a implementação dos direitos fundamentais.

Pela crescente importância do Direito Público, cuja expressão máxima é o fortalecimento do constitucionalismo que, na fase atual, é marcado justamente pela normatividade e positivação dos princípios gerais do Direito, não se questiona mais, nos dias de hoje, que o ordenamento está formado tanto por regras (ou normas em sentido estrito), como por princípios gerais.

Na lição de Luís Roberto Barroso<sup>17</sup>:

A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

O tratamento dos princípios gerais como Direito deve-se, sobretudo, à teoria de Ronald Dworkin<sup>18</sup>, jurista de Harvard, nos Estados Unidos, e ao jurista alemão Robert Alexy<sup>19</sup>, disseminadores do entendimento, no constitucionalismo contemporâneo, de que os princípios são normas jurídicas.

Além disso, à luz do pensamento de J. J. Gomes Canotilho<sup>20</sup>, a Constituição há de ser compreendida como um “sistema interno” de regras e princípios (articulados) detentores de diferentes graus de concretização (densidade semântica). Para ele, a Constituição está assente em “princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas”, cuja realização concreta não se dá diretamente, mas sim por meio da mediação de outros

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ªed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 151.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. [Taking Rights Seriously]. Tradução: Marta Guastavino. 3ª reimpressão, Barcelona, Ariel Editora, 1997.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. [Theorie der Grundrecht]. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.1157, 1159 e 1167.



princípios (“constitucionais gerais” e “constitucionais especiais”), e, também, de regras constitucionais, que lhes são correlatos. Os “princípios estruturantes”, desta feita, ganham concretização por meio de outros princípios e de regras constitucionais que os “densificam”.

Embora a concepção supracitada possa sugerir uma hierarquização entre os diversos tipos de norma, detentores de distintas características, que compõem o “sistema interno” representado pela Constituição, de acordo com os respectivos graus de abstração e generalidade, deve-se ter presente que esse esquema não se desenvolve apenas numa direção. Assim, os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição).

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>21</sup> preceitua:

É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

## 2.2 O Princípio Democrático como fundamento central dos concursos públicos

Baseando-se nas premissas fixadas no tópico anterior, pode-se afirmar que, no pertinente à Ordem Jurídica Constitucional Brasileira, desempenha o papel de “princípio estruturante” o princípio democrático, densificado pelo primado da igualdade, que ostenta o *status* de princípio constitucional geral, concretizado, por sua vez, pelo princípio constitucional especial do concurso público.

Dessa forma, o núcleo central do concurso público é o princípio democrático, fulcrado na ideia de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais, em

---

<sup>21</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. 1ª.ed. 7ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 230.

firme compromisso com os valores da democracia, estabelecendo a preocupação recorrente com a busca de realização do ideal de isonomia.

Para se ter uma ideia da importância do tema, impende salientar que ele figura no art. XXI, 2, do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro 1948, nos seguintes termos: “Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”.

Assim, importa registrar que a República Federativa do Brasil, criada pela Constituição Federal de 1988, adota o modelo de Estado Democrático de Direito, conforme se percebe da menção feita no art. 1º da mencionada Carta Política.

Além disso, no art. 1º, III e IV, da CF/88, consagram-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como fundamentos do Estado, ratificando a ideia de Estado Social. Isso também pode ser observado ao longo de outros dispositivos constitucionais, tais como os direitos sociais do art. 6º da CF/88, bem como os princípios atuantes na ordem econômica, quais sejam a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, tudo em consonância com a valorização do trabalho humano, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como aduz o art. 170, da CF/88.

Cumpra-se asseverar que, de acordo com o art. 3º, I e IV, figuram como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação. Pois bem. Tal consideração é de suma importância, na medida em que se constata que o bem comum nada mais é do que a satisfação das necessidades coletivas, que se resumem no atendimento do interesse público.

Dessa maneira, é preciso que o Estado consiga ofertar bens e serviços de qualidade e adequados à coletividade. Por tal razão, o ente público necessita de um corpo físico para atuar sua vontade, momento em que o próprio povo passa a investir-se no *mínus* público. A partir disso, surgem os agentes públicos.

Urge esclarecer que agente público é o gênero, configurando, portanto, qualquer do povo que serve ao Poder Público, na qualidade de sujeito expressivo de sua ação, seja de forma permanente ou temporária, sendo remunerado ou não. Dessa locução se extraem

diversas categorias, em que pese a vasta elaboração doutrinária acerca da sua classificação<sup>22</sup>, eilegemos como espécies os agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público.

Os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional fundamental do poder do Estado. O vínculo deles com o Estado não é profissional. São mandatários dos interesses da coletividade, chegando ao poder mediante processo eleitoral, ressalvados os casos de nomeações por indicação do mandatário. Nessa categoria, enquadram-se os chefes do Executivo e os membros do Legislativo, tais como Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

Importa registrar a divergência doutrinária acerca da posição dos magistrados e membros do Ministério Público que, para alguns, seriam agentes políticos<sup>23</sup>, mas, para outros, não seriam, mesmo exercendo uma função estatal, visto que não são eleitos pelo povo, não têm função política<sup>24</sup>, estando submetidos a estatuto jurídico análogo ao do servidor público.

Os particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos, delegados, credenciados) compõem uma categoria formada por sujeitos que, embora alheios à intimidade do aparelho estatal (exceto os recrutados do serviço militar), exercem função pública, ainda que em caráter episódico. São eles: requisitados, nomeados ou designados (jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc); gestores de negócios públicos, que por vontade própria assumem a gestão da coisa pública, em situações anômalas, em face de necessidades públicas prementes; e agentes delegados (concessionários e permissionários de serviços públicos).

Os servidores públicos, em sentido amplo, são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e

---

<sup>22</sup> Preleciona Hely Lopes Meirelles que os agentes públicos podem ser: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados, adotando assim, uma classificação mais ampla. (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p. 75)

<sup>23</sup> Agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. (Idem. 2007, p. 77)

<sup>24</sup> No Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*, ainda que se diga que o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais, ganha importância política.

mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Tal definição compreende os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

Dessa forma, podemos concluir, com base na democracia participativa, já que o povo é o titular do poder político, que o concurso público é o veículo constitucional apto a atender o direito intrínseco do cidadão de acesso ao serviço público, passando a participar diretamente do exercício da função pública, como órgão da Administração, bastando apenas demonstrar conhecimento e condições adequados (mérito).

Nesse diapasão, princípios outros orbitarão em torno desta idéia central, conforme passamos a expor.

### **2.3 Princípio da Isonomia**

O concurso, em face do seu caráter concorrencial e democrático, constitui uma das formas de concretização do princípio da isonomia, pois qualquer pessoa, inclusive o estrangeiro, poderá chegar ao poder, como se observa da redação do art. 37, I, da CF/88, assegurando que “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”.

O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos, afinal, o tratamento desigual dos casos desiguais é exigência do próprio conceito de justiça, pois o que realmente se protege são as finalidades, ou seja, o elemento discriminador da desigualdade tem que se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito.

Para atingir tal mister, é preciso fixar, de pronto, parâmetros objetivos para se detectar, *ictu oculi*, os casos de flagrante violação ao postulado da igualdade. Assim, nos concursos públicos, as regras devem ser aplicadas indistintamente a todos os candidatos, sob pena de utilização de discriminação pessoal e subjetivo, vedado pela impessoalidade, espécie qualificada de isonomia.

Advirta-se, no entanto que, em matéria de concursos públicos, somente a lei pode estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, nos

termos do art. 39, § 3º, da CF/88 (Alterado pela EC nº 19/98). Desse modo, todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa e prévia autorização em lei ou no edital, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada entre os candidatos, seja de favoritismo ou de perseguição.

Logo, se onde existe a mesma regra, existe idêntica razão, conforme preceitua o brocardo latino: "*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*", sob a ótica da proibição do arbítrio, a lei deve ser uma e a mesma para todos que se encontram na mesma situação, pois qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.

Assim, para que não haja quebra da paridade, é preciso que exista um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial do objeto e a desigualdade de tratamento conferido a ele, desde que tal correlação seja compatível com as normas constitucionais.

O princípio da igualdade, portanto, veda casos de desmandos das bancas examinadoras em desfavor dos candidatos, por fatores ideológicos, físicos, geográficos ou socioeconômicos, passíveis de controle pelo Judiciário, que serão melhor analisados adiante.

## **2.4 Princípio da Eficiência**

Conforme visto, o objetivo do concurso público é a seleção de pessoas com a qualificação necessária para prestar serviços de qualidade ao Poder Público, a fim de garantir o atendimento do interesse público, por isso, tal instituto também satisfaz o princípio da eficiência administrativa, outrora implícito no sistema constitucional e, hoje, positivado no art. 37, *caput*, da CF/88 (Redação dada pela EC nº 19/98).

Pode-se afirmar que o concurso público resume o "sistema do mérito", ao oportunizar a todos o acesso aos cargos públicos, garantindo não só a igualdade, como a aquisição, pela Administração, de profissionais que detenham as condições mínimas de exercício das funções públicas, como forma de alcançar-se uma máquina administrativa eficiente e pronta a responder os reclamos da sociedade.

Apesar disso, infelizmente, ainda hoje pagamos pelos muitos anos em que o Poder Público brasileiro desprezou o mérito como critério de admissão de servidores, enquanto prestigiava as indicações políticas e o apadrinhamento, o que resultou no ingresso de servidores que nem sempre primavam pelo apuro técnico e pelo preparo para o exercício do cargo. Os efeitos nefastos dessa prática estão em nosso dia-a-dia, sobretudo no engessamento da máquina administrativa.

Entretanto, essa realidade tem mudado paulatinamente, através do crescente aperfeiçoamento do material humano da Administração Pública, na medida em que o concurso público se fortalece como principal meio para que a Administração admita servidores que estejam aptos ao exercício do cargo, de modo a que a população possa ser atendida em seus anseios com um mínimo de eficiência, que exige presteza, perfeição e rendimento funcional, garantindo-se a normalidade dos serviços públicos.

## **2.5 Princípios da Competitividade e da Seletividade**

A competitividade constitui marca intrínseca de todos os procedimentos concorrenciais. Daí porque o concurso tem necessariamente a ideia de competição aberta a todos os interessados. Mas, há também de estar presente a judiciosa escolha dos critérios que poderão ser erigidos em determinada escala de valores, evitando que se estabeleçam restrições e exigências desnecessárias ao cumprimento da finalidade do certame, garantindo, assim, seu caráter competitivo.

Tal princípio, portanto, não se compadece com exigências que se impõem de forma excessiva e extraordinária, estabelecendo um perfil que, de per si, mostra-se irrelevante para o exercício do cargo, o que determina, muitas vezes, um sacrifício desproporcional e passível de causar forte desinteresse na inscrição do certame, diminuindo, destarte, a possibilidade de melhor seleção dos candidatos.

Nesse ponto, o princípio da seletividade também é atingido, afinal, para que haja seleção, é preciso que exista uma multiplicidade de elementos e um critério de discrimen previamente estabelecido para se alcançar certa finalidade. Por isso, é extremamente

prejudicial ao interesse público a existência de um número manifestadamente reduzido de concorrentes nos certames, pois quanto maior o universo de candidatos interessados no concurso, mais criteriosa, justa e adequada será a seleção.

Nesse sentido, conforme bem acentuam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>25</sup>, “no seio dos procedimentos concorrenciais, a competitividade é um dos caminhos que levam à seletividade, pois a experiência demonstra que a competição proporciona e estimula uma escolha mais eficaz e eficiente”.

## 2.6 Princípio da Publicidade

Concurso público, como o próprio nome já denota, deve ser público. Sem a devida publicidade, ocorre violação da própria Constituição (*caput* do art. 37).

A Administração Pública detém a competência para fixar como ocorrerá a divulgação do concurso, sendo o edital o veículo apto a ser amplamente divulgado à coletividade por todas as vias de publicidade disponíveis, tanto por meio do órgão oficial como pela imprensa, mormente pela internet, para deflagração da chamada fase externa do certame, sob pena de nulidade.

Tal posição, inclusive, é adotada pela jurisprudência pátria, vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. Os atos pertinentes a concurso para provimento de cargo público devem obediência ao princípio da publicidade. Existe afronta ao princípio da publicidade quando a publicação em jornal e em meio eletrônico é insuficiente à divulgação das informações pertinentes ao certame.<sup>26</sup>

Do exposto, fácil inferir que a publicidade também veda a divulgação restrita a determinado órgão ou entidade pública ou privada, como ainda ocorre comumente, nos dias

---

<sup>25</sup> MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região, Apelação Cível nº 2006.70.00.011532-4/PR, 3ª Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, DJ de 16/05/2007.

atuais, em pequenos Municípios, onde a divulgação de concursos públicos é insuficiente, consistindo, muitas vezes, apenas na mera aposição de cópia do edital em edifício público da Prefeitura ou do Fórum Estadual.

A publicidade também constitui barreira aos malsinados concursos internos, hoje, não mais permitidos, pois só serviam para beneficiar pequenos grupos que detinham informação privilegiada.

Na lição de Hely Lopes Meirelles<sup>27</sup>, “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”. É tão verdade que a Lei n. 8.429/92, em seu art. 11, IV, considera ato de improbidade administrativa “negar publicidade aos atos estatais”.

Por fim, segundo Agapito Machado Junior<sup>28</sup>, a publicidade denota a um só tempo:

(a) possibilidade de controle dos atos do concurso por parte do povo que traduz o princípio democrático, além de garantir moralidade; (b) a ampliação da concorrência através do maior número de candidatos, o que favorecerá a qualidade dos aprovados em plena observância ao princípio da eficiência; (c) a garantia do pelo acesso a cargos públicos, o que antes se restringia a uma pequena casta de privilegiados, o que indica também respeito ao princípio da impessoalidade.

## 2.7 Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Na lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>29</sup>:

O princípio da proporcionalidade enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 94.

<sup>28</sup> MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 96.

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 21ª ed., 2006, p. 107.



Já o princípio da razoabilidade se traduz na exigência de o administrador pautar sua conduta em critérios racionais, por intermédio de parâmetros objetivos, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

Por tal razão, o administrador deverá atuar com prudência e bom senso no que se refere à valoração dos critérios de avaliação dos candidatos, produzindo decisões transparentes e motivadas na busca da igualdade material, evitando conferir tratamento privilegiado ou indevido, considerando que a seleção pressupõe uma escolha adequada e compatível com a finalidade pública.

Acerca da Razoabilidade, Hely Lopes Meirelles<sup>30</sup> destaca:

Pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade e vice-versa.

Dentro do propósito deste estudo, os princípios ora analisados revelam uma importância vital, pois encontram, na seara do concurso público, um terreno bastante fértil de aplicação, com muitas repercussões no seu controle jurisdicional, dada sua natureza de elementos limitadores da discricionariedade administrativa.

## **2.8 Princípio da Moralidade**

O concurso público é o instrumento para implementar a moralidade na administração pública no que tange à admissão de pessoal para trabalhar. Entretanto, tal exigência sempre foi sofismada, para que pudesse ser assegurada a prática do empreguismo, do clientelismo e do apadrinhamento, que tão grandes préstimos servem aos nossos maus políticos e à manutenção de uma máquina administrativa sempre ineficiente. Por tais razões, a sociedade cobra moralidade e seriedade dos gestores públicos, e repudia a continuidade dessas antigas práticas administrativas.

---

<sup>30</sup> Op. cit. p. 93.

Nas sábias lições do consagrado Hely Lopes Meirelles<sup>31</sup>, pelo concurso afastam-se, pois, “os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos”.

Desta feita, cumpre esclarecer que a probidade administrativa consiste exatamente no dever de o agente servir à Administração com honestidade e lealdade, sendo-lhe vedado aproveitar-se dos poderes ou das facilidades decorrentes do exercício da função pública a fim de alcançar vantagem pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Insta acrescentar que a imoralidade administrativa é gênero do qual a improbidade administrativa é uma espécie. Com efeito, o art. 11, V, da Lei n. 8.429/92, estabelece como ato atentatório da probidade administrativa a conduta do agente que “frustrar a licitude de concurso público”, o que, de maneira ampla, ocorre tanto em relação aos atos de dispensa ilegal ou burla do certame como naqueles outros incidentes durante seu curso procedimental, corrompendo seu escopo jurídico ou desviando sua finalidade, a fim de dirigir o seu resultado.

Nesse ponto, impende tecer algumas considerações quanto ao nepotismo, essa prática de favorecimento indevido que lesa frontalmente a moralidade. Curioso que o termo “nepotismo” vem do latim *nepote*, significando favorito. Trata-se de uma postura indevida de privilegiar parentes para ocupar cargos, empregos ou funções públicas sem qualquer análise de aptidão para o desempenho de tais atribuições. É o famoso “cabide de empregos”.

No Direito Brasileiro, com a EC nº 19/98, a redação do art. 37, II e V, da CF/88, estabeleceu que as funções de confiança sejam ocupadas por servidores efetivos e os cargos comissionados sejam ocupados por servidores de carreira, destinando-os tão somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Ainda assim, abriu-se uma brecha para, na forma da lei, preservar percentuais mínimos dos cargos em comissão para provimento por pessoas que nunca realizaram concurso público, posto que são declarados em lei de livre nomeação e exoneração, o que constitui uma via aberta ao nepotismo.

Enfrentando a questão, vale ressaltar a atitude do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou a Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, vedando, entre outras práticas, o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito do

---

<sup>31</sup> Op. cit. p. 436.

Tribunal ou juízo, por cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como dos servidores investidos em cargo de direção ou de assessoramento.

A medida gerou muita polêmica, mas foi recebida pela sociedade com bastante entusiasmo, assim como pela Ordem dos Advogados do Brasil (cujo representante foi o relator da resolução), representando um passo largo rumo à moralização da Justiça brasileira. Entretanto, a classe dos magistrados, especialmente os membros dos Tribunais de Justiça dos Estados, posicionou-se contra a providência adotada pelo CNJ, o que já era de se esperar.

Os opositores da medida acusaram o Conselho de estar extrapolando das suas atribuições e de estar agindo inconstitucionalmente, pois, para eles, caberia ao legislador disciplinar a matéria em lei específica, proibindo ou não as nomeações, já que não havia uma lei proibindo as nomeações e, sendo assim, as mesmas seriam absolutamente lícitas, haja vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Pronunciando-se sobre a questão suscitada, o STF<sup>32</sup> acabou por entender que a resolução examinada não estava a violar nem o princípio da Separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo.

Ressaltou-se, na referida decisão, que o fato de haver diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo não significaria que somente leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares fossem aptos para coibir essa prática, haja vista que os princípios constitucionais, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram, não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, mas consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessária, pode ser cobrada por via judicial. Desse modo, concluiu-se que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa conduta.

Seguindo o exemplo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão também criado pela Emenda Constitucional nº 45 e com funções análogas às do CNJ, adotou solução semelhante, porém aplicada no âmbito do Ministério Público. De acordo com a redação da Resolução nº 1, de 7 de novembro de 2005, a competência administrativa quando

---

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2008.

utilizada para obter proveito pessoal ou qualquer espécie de favoritismo constitui prática inconstitucional, independentemente da superveniente previsão legal, uma vez que os princípios constitucionais da Administração Pública são auto-aplicáveis e não precisam de lei para ter plena eficácia.

Depois de várias discussões, o STF findou por estender a vedação do nepotismo aos demais Poderes, culminando por editar a Súmula Vinculante nº 13, *in verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Nada mais justo, afinal, admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo fosse dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais, implicaria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Carta Magna, subvertendo-se a hierarquia entre esta e a ordem jurídica em geral.

Cumprе acrescentar que, de acordo com a doutrina e jurisprudência pátrias, a prática do nepotismo não só viola os princípios constitucionais da Administração Pública, como também lesa o patrimônio público. Ocorre isso porque, com o preenchimento de cargos efetivos ou não por servidores/familiares não concursados, viola-se o texto constitucional na medida em que permite o uso pessoal e familiar da Administração Pública que, para contratar, deve resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade, exigindo que o agente público pautе sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar o bem comum, em qualquer esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação em que atue.

De outra parte, não se pode negar o dever da sociedade em mobilizar-se com o intuito de exigir a exoneração dos parentes, companheiros e cônjuges de autoridades, nomeados para cargos de provimento em comissão e funções de confiança, e, posteriormente, reivindicar a realização de concursos públicos para provimento dos respectivos cargos vagos.

Do contrário, insistindo o Poder Público na irregularidade, só resta ao cidadão recorrer mediante utilização de importante instrumento veiculado no art. 5º, inciso LXXIII, da

Constituição Cidadã de 1988, que atribui a qualquer cidadão legitimidade para propor Ação Popular visando anular ato lesivo à Moralidade Administrativa, ficando o autor isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

É chegada a hora, pois, de exercermos efetivamente nossa cidadania e participar ativamente da vida política nacional, fiscalizando a regularidade dos atos e contratos administrativos e cobrando dos órgãos e autoridades respeito aos princípios constitucionais, em parceria com o Poder Judiciário, pioneiro no combate ao nepotismo e, portanto, sensível aos anseios da população brasileira.

## **2.9 Princípio da Obrigatoriedade**

A regra da obrigatoriedade da realização do concurso público emana do art. 37, II, da CF/88, e diz respeito à Administração Direta e Indireta de todos os Poderes do Estado, abrangendo, assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, refletindo também nas autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Visando garantir essa obrigatoriedade, o constituinte prescreveu, inclusive, como causa de nulidade absoluta (de pleno direito) do ato de provimento, com a consequente responsabilização do agente público, a inobservância dos incisos II e III do art. 37 da CF/88 (art. 37, § 2º), sendo este um dos poucos casos de nulidade expressa no texto constitucional.

Cumprido consignar, contudo, que, em alguns casos, não se aplica o comando constitucional e, portanto, não é necessário realizar prévio concurso para contratar pessoal, tal como ocorre com as delegatárias de serviços públicos, aqui entendidas as concessionárias, permissionárias e autorizadas; com o pessoal contratado pelo titular de serventias de notas e registro público; com o pessoal das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público e, por fim, com o pessoal de partido político e de sindicato.

No que tange às subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mistas, entende-se que, como não estão expressamente abarcadas pelo dispositivo constitucional (art. 37, II, da CF/88), também não são obrigadas a realizar concursos públicos.

Em sentido contrário, precisam realizar concursos públicos, para prover seus cargos e empregos, as agências reguladoras, à medida que são criadas por lei como autarquias especiais; as agências executivas, pois são autarquias e fundações governamentais e os titulares de cartórios de notas e de registro público<sup>33</sup>.

Merece destaque, nesse ponto, a discussão acerca da disciplina jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas, pois, com certa polêmica, também são obrigados a realizar prévio concurso público para provimento de cargos e empregos. Afinal, ostentam personalidade jurídica de direito público, sendo criados através de lei federal, em que geralmente se prevê autonomia administrativa e financeira, sendo destinados a fiscalizar e zelar pela fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais afetas a sua existência, o que os caracteriza, conforme a doutrina e jurisprudência pátrias, como verdadeiras autarquias federais.

Nesse sentido, vejamos o trecho abaixo de decisão do Supremo Tribunal Federal:

Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição.<sup>34</sup>

Do voto do ilustre Relator e condutor do acórdão supra, Ministro Moreira Alves, merecido destacar esta passagem:

Esses Conselhos - o Federal e os Regionais - foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ademais, exercem eles a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XVI, da Constituição Federal, é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, embora a Lei que os criou declare que todos, em seu conjunto, constituem uma autarquia, quando, em realidade, pelas características que ela lhes dá, cada um deles é uma autarquia distinta.

Absurdamente, em perspectiva diversa, a própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que deveria ser a primeira a cumprir o mandamento constitucional, submetendo-se à

---

<sup>33</sup> A partir da Constituição Federal de 1988, § 3º, do art. 236 ("O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses"), para ocupar uma vaga como titular de cartório é necessário ser aprovado em concurso público, que inclui provas teóricas, práticas e títulos. Até então, os oficiais eram nomeados pelos governantes e a função desempenhada podia ser herdada.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 226439/SC, rel. Min. Moreira Alves, 04.12.98.

obrigatoriedade de realização de concurso público, na prática, impõe resistência a este comando normativo, notadamente em suas seccionais.

Até o STF, no julgamento da ADI 3026-DF<sup>35</sup>, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), decidiu pela improcedência do pedido, entendendo ser a OAB entidade ímpar no Direito Brasileiro, chegando a caracterizá-la como uma autarquia *sui generis*, o que não a incluiria entre as entidades integrantes da Administração Pública, estando, pois, livre da obrigatoriedade de realização de prévio concurso público para admissão de seu pessoal.

Em que pese tal decisão, ainda que se admita ser a OAB uma autarquia especial, isso não significa, a nosso ver, que ela seja uma pessoa jurídica de direito privado e que esteja dispensada de respeitar os princípios constitucionais aplicáveis aos órgãos da Administração Pública, por isso defendemos uma interpretação conforme no sentido de ser obrigatório o certame, pois a OAB executa serviço público federal e é regida por normas de direito público.

Ademais, a regra da obrigatoriedade também não é observada, seja por expressa ressalva legal, nos casos de dispensa previamente estipulados; seja nos casos em há manifesta burla à exigência de prévio certame, configurando situações de grave ofensa ao referido preceito constitucional, como ocorre com as terceirizações irregulares ou com contratações fraudulentas, entre outros, que passaremos, agora, a analisar mais detalhadamente.

### 2.9.1 Casos de dispensa do concurso público

Conforme o enunciado constitucional, a exigência de concurso público é cabível para o provimento originário, o que tecnicamente caracteriza a nomeação, sendo, portanto, independente de qualquer relação prévia que o eventual candidato à investidura tenha ou haja tido com o serviço público. Contudo, existe também o provimento derivado, que já denota algum tipo de relação jurídica anterior entre o agente público e o Estado.

O STF, hodiernamente, não permite o provimento por ascensão ou acesso, transferência, redistribuição e aproveitamento de servidor em cargos ou empregos públicos de

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3026/DF, rel. Min. Eros Grau, 8.6.2006.

outra carreira diversa daquela para a qual prestou concurso público. Estão, pois, banidas as formas de ingresso que não são ínsitas ao sistema de provimento em carreira. Nesse sentido, cumpre expor o teor do seguinte julgado:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade. - Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. - No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97. - Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos.<sup>36</sup>

De forma contrária, sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haveria carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados, sendo, portanto, meio de provimento considerado constitucional, pois o servidor continua no mesmo cargo. Pelo mesmo motivo, guardadas as devidas proporções, também se consideram constitucionais a reversão, a reintegração e a recondução.

Quanto à readaptação e o aproveitamento, em alguns casos, vem se reconhecendo que são válidos, desde que observados certos limites, como a similitude entre as atribuições dos cargos e a respectiva remuneração.

Outra questão que foge, muitas vezes, ao controle da Administração decorre da má interpretação do art. 19 do ADCT, dispositivo que consagrou a estabilidade extraordinária aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição”.

Nesse caso, vale salientar que o constituinte só concedeu a estabilidade no serviço público, mas não a efetivação, pois esta característica é inerente não ao servidor, mas ao cargo público criado por lei para ter permanência, do qual decorre vínculo estatutário, só havendo

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 837, Rel. Ministro Moreira Alves, 25.6.99.



acesso a tal espécie mediante concurso público, por isso a regra não se estendeu aos cargos comissionados ou de confiança, dada a natureza transitória de tais situações.

O STF tem afirmado que não é dado aos Estados-membros, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no art. 19 do ADCT, pois esta não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público, exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa<sup>37</sup>.

A Constituição também previu, no art. 53, I, do ADCT<sup>38</sup>, a possibilidade de ex-combatente de guerra ser aproveitado no serviço público sem a prévia aprovação em concurso público, desde que tenha participado efetivamente das operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, havendo necessidade de interpretação restritiva nesse caso, por se tratar exatamente de uma exceção.

No que tange à contratação temporária para atender excepcional interesse público, outra hipótese excepcional de dispensa de concurso público, prevista no art. 37, IX, da CF/88, o legislador constituinte estabeleceu esses critérios: previsão em lei formal<sup>39</sup>, contratação por tempo determinado, necessidade temporária de excepcional interesse público e taxatividade.

Exatamente por se tratarem de casos anômalos, a interpretação deve ser restrita, vedando-se o emprego de analogia, sendo também indispensável a comprovação da situação incomum e inesperada, de repercussões imprevisíveis, pois não se pode admitir mecanismos de prorrogações sucessivas e indefinidas de tais contratações, destinadas somente para suprir uma carência momentânea, proibindo-se, assim, afigurar-se como perpétuas.

Sobre esses casos, Agapito Machado Júnior<sup>40</sup> faz importante ressalva, salientando que é comum o extravasamento da exceção contida no art. 37, IX, da CF/88, de forma que “o Governo busca chamar de necessidade temporária de excepcional interesse público situações que são necessidades permanentes e de comum interesse público”.

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01.

<sup>38</sup> “**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.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2009).

<sup>39</sup> No âmbito da União, vigora a Lei n. 8.745/93, de 9 de dezembro de 1993.

<sup>40</sup> MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 101.

Em que pese tal observação, o STF<sup>41</sup> autorizou contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público tanto em atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional quanto para atividades de caráter regular e permanente, desde que demonstrada a necessidade, o que requer motivação indispensável por parte do administrador. Tal possibilidade é muito perigosa e pode se tornar uma brecha para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos.

Destarte, a Lei n.10.871, de 20 de maio de 2004, permitiu que as agências reguladoras contratassem, sem concurso público, servidores temporários mediante processo seletivo simplificado, este diverso do concurso. Tal prática, inclusive, virou praxe no Governo Federal, que autorizou as contratações temporárias na própria lei criadora das agências reguladoras (ANATEL, ANP, ANEEL, ANA, etc), com menção expressa na lei geral das agências (Lei n. 9.986/2000). O pior é que tem sido rotina a aprovação de medidas provisórias prorrogando as contratações sem concurso público nas referidas leis.

Por oportuno, convém registrar que a EC Nº 51/06, trouxe uma típica situação de necessidade de excepcional interesse, qual seja, a contratação de pessoal para atender a epidemias, considerando que estas têm uma previsão de começo e de fim, revelando, apesar das opiniões contrárias, uma verdadeira necessidade temporária de urgência.

A Constituição também, de forma expressa e taxativa, dispensou do concurso público alguns cargos vitalícios de composição nos diversos tribunais, tendo por fundamento a natureza jurídico-política desses cargos. Exemplo marcante disso é o Supremo Tribunal Federal, conforme aduz o art. 101, parágrafo único, da CF/88. Também ocorre nas previsões dos arts. 73, § 2º, I e II, 94, 104, parágrafo único, II, 107, 111-A, 119, II, 120, III, e 123.

Por fim, à título de complementação, considerando os limites deste estudo, vale citar outras situações de dispensa de concurso público, sem maiores aprofundamentos, quais sejam: execução indireta de serviços licitados, admissão excepcional de profissionais especializados nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica e as nomeações para cargos em comissão e funções de confiança.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3068/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, publicado no DJ em 23.9.2005.

### 2.9.2 Casos de burla ao concurso público

Nestes casos, há verdadeira violação do postulado constitucional, com vistas ao desmantelamento da máquina administrativa, em nítida afronta aos institutos democráticos.

Como exemplo, temos as contratações temporárias fraudulentas, que desvirtuam a finalidade da exceção prevista no art. 37, IX, da CF/88, configurando um golpe duro na sistemática do concurso público, pois são uma porta aberta para ações desarrazoadas em que o concurso é que passa a ser uma exceção.

O próprio legislador ordinário – ou o Executivo, fazendo uso de sua função atípica de legislar por meio de medida provisória – é o responsável pelas situações abusivas, editando normas infraconstitucionais imoderadas. Porém, é preciso lembrar que o exercício da faculdade legislativa não é absoluto, pois não pode violar direitos e garantias fundamentais comprometendo a efetivação do direito do cidadão contra o Estado<sup>42</sup>.

Tanto é que a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993, criada, no âmbito da União, para regulamentar o art. 37, IX, da CF/88, previu situações destoantes da finalidade constitucional, como prazos demasiadamente dilargados para prorrogação das contratações, bem como a possibilidade de uso desta via para atividades permanentes e regulares, o que constitui verdadeiro absurdo, devendo ser reprimido, como segue ilustrativo Acórdão:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INGRESSO EM CARGO PÚBLICO SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. A repetitiva contratação temporária de professores, nos moldes em que estava sendo feita pela Secretaria de Estado de Educação, estava na verdade a burlar o dispositivo constitucional inserto no inciso II do art. 37, pois ocorriam contratações temporárias de forma reiterada, permanecendo os profissionais contratados por vários períodos consecutivos, o que em última análise era uma forma de preenchimento do cargo sem que houvesse concurso público.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Precedentes: ADI 1.158-8-AM (Celso de Mello, 1994); ADI 855-2-PR (Sepúlveda Pertence, 1996).

<sup>43</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Conselho Especial. MS 2001.00.2.007807-0, rel. Des. Jeronimo de Souza, julgamento: 20.8.2002, unânime, acórdão 160695, DJU 8.10.2002, pág. 97.

Dessa maneira, conclui-se que, a previsão das contratações temporárias não pode legitimar o afastamento do concurso como meio adequado de ingresso no serviço público. Também não pode ser utilizada como meio de suprimento de deficiências de pessoal momentâneas para preenchimento de cargos sem titular, nem admitem várias reiteraões no correr do tempo, pois a falta de servidores efetivos fragiliza toda a Administração Pública.

Outro artifício atentatório ao postulado do concurso público é a terceirização, que ocorre quando o Estado não titulariza um dado serviço ou atividade, a ser prestado em proveito próprio ou da coletividade - não se fala, pois em serviço público - terminando por contratá-lo de terceiro, por meio de contrato administrativo, precedido de licitação.

Com efeito, as pessoas terceirizadas não estão legalmente investidas em cargos, empregos ou funções públicas, assim, não podem praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão, manifestação de vontade, com produção de efeitos jurídicos, somente podendo executar atividades estritamente materiais, sendo simples funcionários de fato<sup>44</sup>.

Dessa forma, a terceirização para que se compatibilize, legal ou moralmente, com as atividades inerentes da Administração Pública, de maneira legítima, apenas pode abranger execução indireta da prestação de atividades materiais de interesse da Administração por terceiros, mediante prévio procedimento licitatório.

Nesse sentido, o Decreto nº 2.271/97, baixado pelo Governo Federal, define as tarefas executivas da Administração que podem ser objeto de execução indireta, *in verbis*:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

---

<sup>44</sup> Nesse sentido é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 178).

Cumpra acrescentar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Súmula 331<sup>45</sup>, fixou importantes parâmetros jurídicos a serem considerados no caso de contratações irregulares pela Administração Pública.

Encerrando o tópico, também pode ser citada como forma de burla ao concurso, a contratação de pessoas pelas entidades paraestatais, que não estão sujeitas ao regime jurídico-administrativo, às quais, por sua vez, repassam tais trabalhadores para a Administração Pública, por força de convênio ou termo de parceria, em flagrante arrepio aos postulados constitucionais da Administração.

Em todo caso, impende ressaltar que a própria Administração tem o dever de anular o ato administrativo eivado de nulidade frente à CF/88, pela inobservância da obrigatoriedade de concurso público, o que não impede a ingerência do Poder Judiciário de infirmá-lo também<sup>46</sup>, implicando os efeitos legais cabíveis<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado nº 331 - Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade.** “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). ([Revisão do Enunciado nº 256 - TST](#)). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346.** “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”, e **Súmula 473.** “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Nesse sentido, importantes lições são veiculadas na Ementa do RE 163715/PA. Rel. Min. Maurício Corrêa. 17.09.96.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado nº 363 - Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos.** “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

### **3 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Já feitas as devidas considerações, mesmo que de maneira superficial, sobre a alguns dos principais aspectos dos concursos públicos, cumpre, agora, também tecermos alguns comentários a respeito do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, ainda que de maneira apartada, para passarmos a discorrer sobre a incidência desse tipo de controle no que tange aos editais dos certames.

#### **3.1 A nova ótica sobre o papel do Poder Judiciário na Teoria da Separação dos Poderes ou Funções do Estado**

Montesquieu foi o primeiro sistematizador sobre as questões das funções estatais, por isso, é de justiça reconhecer-lhe o mérito de ter precisado a classificação das funções do Estado, correspondente à existência de três órgãos, hoje adotada por quase todas as organizações políticas<sup>48</sup>.

Nessa clássica concepção, o Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções<sup>49</sup> em que reparte sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, prendem-se à fase de sua realização. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que normalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência predominante.

Dessa maneira, a grande inovação oriunda da festejada teoria não seria a constatação de que o poder político se apresenta sob três formas ou funções básicas, o que já

---

<sup>48</sup> Oportuno aqui registrar que o Estado brasileiro sempre adotou a teoria da separação dos poderes em todas as suas Constituições. Na primeira delas (Constituição Imperial de 1824), havia um quarto poder, o moderador, concebido por inspiração de Benjamin Constant, como meio de manutenção do equilíbrio entres os clássicos poderes.

<sup>49</sup> Alguns estudiosos, a exemplo de Esmein e Maurice Hauriou, veem no organismo estatal uma quarta função, denominada função de governo ou função governamental. Também há quem cogite da existência, na vida do Estado, de uma função regulamentar.

se aferia desde a Grécia Antiga<sup>50</sup>, mas, sim, o fato de atribuir cada função a um órgão estatal distinto, evitando-se os abusos e preservando-se as liberdades públicas.

Noutro momento, os Estados Unidos da América, absorvendo também essa teoria, em que poder limita poder, associaram-na à idéia de Estado Democrático, ensejando a construção do “sistema de freios e contrapesos” ("Checks and Balances").

Nesse passo, cumpre destacar a grande responsabilidade dos Estados Unidos por situar o Poder Judiciário no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo, configurando sua moderna função no mundo, através da célebre decisão de JOHN MARSHALL, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *MARBURY versus MADISON* (1803). Tal caso inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial), segundo o qual compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei, considerada lei aquele ato legislativo em conformidade com a Constituição, por isso ato legislativo contrário à Constituição não é lei.

Afirmou-se, assim, o poder daquela Corte para a declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo, principiando o sistema de controle da constitucionalidade (difuso). Esta decisão é tão crucial para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no concerto das funções do Estado que se atribui a ela a responsabilidade pela fundação da *doutrina americana da supremacia judicial*.

Nesse diapasão, os sistemas constitucionais deste final de século encarecem o papel do Poder Judiciário como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos. Tanto é que nossa Constituição Federal consagra o Estado Brasileiro como Social Democrático, em que também se destaca o Poder Judiciário entre os demais, como agente transformador da realidade social e garantidor dos direitos.

Assim, não se concebe mais um Judiciário inerte, como mero apêndice dos demais poderes, o que implica estar, hodiernamente, por força do art. 5º, XXXV, da CF/88,

---

<sup>50</sup> A ideia de especialização do poder político provém da Grécia Antiga, tendo sido revisitada ao longo da evolução da sociedade. Dessa forma, antes de Montesquieu, já haviam se manifestado sobre esse tema Platão e Aristóteles, na antiguidade; Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, no medievo; Bodin, Spinoza e Locke, na modernidade. Note-se, porém, que a consagração se deu no Estado Liberal, por ter sido uma época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, numa circunstância histórica em que se exigia a diluição do poder político do monarca.

autorizado, quando provocado no caso concreto, a aplicar os princípios constitucionais, sendo, pois, instância assecuratória dos direitos fundamentais a todos os jurisdicionados.

Tal noção é salutar para compreendermos até onde poderá decidir o julgador, sem prejuízo das demais funções estatais, conforme dispõe o art. 2º, da CF/88. Aliás, não é demais falar que o Princípio da Separação dos Poderes ou da Separação das Funções é cláusula pétrea fundamental. Primeiro, por sua origem histórica (encartado primeiramente na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Segundo, por previsão expressa do legislador de 1988, que o disciplinou expressamente no artigo 60, § 4º, III.

Importa notar que, sendo o Estado um dos maiores agressores aos direitos fundamentais, seria uma flagrante contradição deixar que apenas ele definisse quando e como cumprir as normas constitucionais nas quais eles são declarados e segundo as quais têm de ser assegurados. Assim, o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública se dá, de forma genérica, por meio do exercício do direito de ação, dentro de um devido processo legal.

Convém registrar, por oportuno, que existem dois sistemas de jurisdição pertinentes à realização do controle judicial da Administração Pública: o controle realizado por uma jurisdição comum e o controle realizado por uma jurisdição especial.

O controle realizado por uma jurisdição especial é característico do sistema de jurisdição dúplice, típico de países como a França, no qual existem Tribunais especificamente dotados de competência para apreciar contenciosos em que a Administração Pública seja parte - é o chamado contencioso administrativo. Aquela, portanto, nesse sistema, não se submete à jurisdição comum.

Essa concepção remonta à Revolução Francesa quando se compelia qualquer forma de intervenção de um poder sobre outro, visando impedir que o Judiciário (jurisdição comum) interferisse nos conflitos envolvendo os órgãos administrativos.

Atualmente, superada essa problemática, o sistema de dupla jurisdição permanece em vigor, desta vez sob o argumento de necessidade de maior especialização técnica por parte das Cortes quando da resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Já o controle exercido no sistema de jurisdição una é aquele no qual a Administração Pública submete-se a uma jurisdição comum. Esse sistema é típico de países



anglo-americanos e é também o adotado no Brasil, conforme previsão constitucional contida no artigo 5º, inciso XXXV, segundo a qual a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Daí se dizer que a decisão de tribunal administrativo será revista pelo Poder Judiciário com força definitiva.

É, portanto, chegada a era do Poder Judiciário. Considerando, pois, as diretrizes do novo constitucionalismo e da chamada hermenêutica constitucional, a partir da positivação dos princípios na Constituição e o reconhecimento de sua normatividade, resulta clara a necessidade de controle da juridicidade dos atos do Estado, assumindo o Poder Judiciário, nesse contexto, um papel de destaque na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais, como guardião da Constituição.

Nesse sentido, vale registrar as palavras da Ministra Carmen Lúcia<sup>51</sup>, para quem, “ao Poder Judiciário cabe, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada de impedir afrontas e desfazer, com eficácia e eficiência imprescindíveis, os desmandos que acometem, ameaçam e agredem os direitos fundamentais”.

Só a título de complementação, cumpre assentar que o Poder Legislativo também exerce certa parcela de controle sobre a Administração Pública, ainda que tal atribuição seja relegado ao mero controle externo, tendo em vista a aplicação, dentre outros, dos princípios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, no contexto da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com o auxílio dos Tribunais de Contas, conforme reza o art. 71, III, da CF/88, o qual deve ser aplicado sistematicamente aos demais entes da federação.

### **3.2 A redefinição do Princípio da Legalidade e sua relação com o controle judicial da discricionariedade na função administrativa**

O controle judicial dos atos administrativos, antigamente, estava reconduzível à análise da legalidade pura e simples desses atos, mormente através do método silogístico, usado em função da estrutura da regra jurídica. Eis o Positivismo Jurídico, pregando o apego

---

<sup>51</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. CJF. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

exagerado à lei, assim considerada a razão de ser do homem, de modo que, por segurança jurídica, os direitos seriam apenas aqueles consagrados pelo Estado na lei.

Com o pós-positivismo, marcado justamente pela normatividade e posituação dos princípios gerais de Direito no constitucionalismo contemporâneo, o conteúdo e o alcance do princípio da legalidade, por sua vez, foram recondicionados, de modo a ensejarem alterações nas relações entre os Poderes do Estado. Tal fato conduziu à substituição da ideia do Direito reduzido à legalidade pela noção mais ampla de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos da Administração Pública somente à luz da legalidade estrita.

A partir disso, valoriza-se a jurisdição constitucional, pois a noção de juridicidade, “além de abranger a conformidade dos atos com as normas jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”<sup>52</sup>.

A perda do peso da lei parlamentar no seio do ordenamento jurídico, à qual se sobrepõem as normas constitucionais, cuja supremacia se proclama, deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Em consequência, a noção conceitual do Direito “por regras” passa para a do direito “por princípios”, o que conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública, afinal, estão umbilicalmente relacionados os conceitos de legalidade e discricionariedade, pois a plasticidade deste último depende do conteúdo e do maior ou menor alcance daquele.

### 3.2.1 Vinculação e discricionariedade

A lei fornece os parâmetros de aferição judicial da legalidade dos elementos predominantemente vinculados dos atos administrativos, enquanto a Constituição enuncia os princípios da Administração Pública que, por sua vez, consubstanciam os parâmetros de aferição pelo Poder Judiciário da juridicidade dos elementos predominantemente discricionários dos atos administrativos.

---

<sup>52</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

Daí a necessidade de a Administração cumprir a lei, agindo nos limites dela para o fim de alcançar o interesse público. Por esta razão, a Administração só age quando, onde e como diz a lei, sendo esta imprescindível à atividade administrativa exatamente porque é na lei, enquanto obra dos representantes do povo, que ela encontra legitimidade.

Nesse diapasão, o conceito de vinculação ultrapassou os limites da legalidade, no sentido estrito, de conformidade com as regras jurídicas, para abarcar também a compatibilidade com a principiologia constitucional, pois assevera que o administrador jamais gozará de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação aos princípios constitucionais.

De fato, no dizer de Juarez Freitas<sup>53</sup>, “a vinculação cega, fruto tardio e irrealista da racionalidade monológica, nada serve ao acatamento dos princípios constitucionais”. O agente público teria, portanto, o dever de rejeitar a ordem manifestadamente contrária às diretrizes axiológicas superiores do ordenamento.

Assim, amplia-se a esfera da vinculação, mas estreitam-se, por via reflexa, os contornos da discricionariedade. Urge, portanto, abandonar a antiga concepção de discricionariedade, como área de livre atuação administrativa, imune à sindicabilidade judicial, para compreendê-la como margem de liberdade conferida ao administrador para constituir o Direito no caso concreto, complementando a previsão aberta da norma, mediante a ponderação valorativa de interesses, em vista à realização do interesse público.

Impende, porém, acrescentar que nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário em sua integralidade. Todos os atos administrativos contêm parcela vinculada, notadamente no que tange à competência, à finalidade e à forma. Não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados.

Ainda segundo Juarez Freitas<sup>54</sup>, “casos há em que o balizamento normativo parece quase-absoluto, outros em que a franquia beira à pura liberdade. Mas o fato é que os limites extremos da plena adscrição e da inteira autonomia nunca têm lugar”. Dessa forma, tudo não passa de um problema de intensidade.

---

<sup>53</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 9.

<sup>54</sup> Idem. p. 37.

Nessa esteira de raciocínio, a distinção entre vinculação e discricionariedade resulta da faixa de liberdade conferida ao administrador público para a prática dos atos de sua incumbência, ou seja, das opções reservadas pela lei à Administração Pública quanto à conveniência, oportunidade e conteúdo do ato.

Portanto, ora a lei irá prever de forma específica a ação administrativa diante do caso concreto, definindo o único comportamento possível por parte do administrador público, momento em que se têm atos administrativos vinculados; ora a lei é mais genérica, diante da impossibilidade do legislador cuidar de todos os fatos sociais, conferindo, por esta razão, certa liberdade na ação administrativa, cabendo ao administrador, no caso concreto, adotar, segundo critérios de conveniência e oportunidade, o comportamento mais adequado à satisfação do interesse público.

Ademais, a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam mortalmente o ato discricionário, ainda que válido *prima facie*. Assim, quando o administrador age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo, pois se tornou arbitrário, diante da ausência de parâmetros, ao tomar decisões com manifesto excesso, desvio ou insuficiência, configurando ato írrito, arbitrário, indevido diante de um Estado de Direito. Afinal, a noção de liberdade não se confunde com arbitrariedade, já que esta sempre constitui medida ilegal, devendo ser repugnada e sofrer pronta repulsa do ordenamento normativo<sup>55</sup>.

### **3.3 O controle da discricionariedade e a noção de mérito administrativo**

Importa saber até que ponto a discricionariedade pode ser objeto de controle jurisdicional, posto já ser assente a possibilidade de tal controle, havendo discordância apenas quanto ao limite desta “invasão”, ou seja, a definição das balizas para a interferência do Poder Judiciário na escolha adotada pelo administrador. Afinal, apesar de ser certo que o mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, os dois conceitos não se confundem.

---

<sup>55</sup> DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 474-475.

O mérito constitui o núcleo da discricionariedade, por ser lúdima expressão de autonomia administrativa. Também compõem o mérito as definições de conveniência e oportunidade. Por conveniência do ato, pode-se entender sua adequação ao interesse público específico que justifica a sua prática ou à necessária harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente afetados pelo ato. Por seu turno, o juízo de oportunidade consiste na ponderação dos múltiplos interesses em vista do fim que se propõe na norma atributiva de discricionariedade.

Tradicionalmente, o controle dos atos administrativos discricionários reservava à própria Administração, em geral, o reexame do mérito do ato, excluindo-se da apreciação do Juiz a possibilidade desse controle.

Hodiernamente, por não fazer mais sentido a antítese entre controle da legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade estrita, tais como aqueles que se pode extrair dos princípios, a esfera do mérito restou reduzida.

Sendo assim, é indiscutível a possibilidade de controle judicial, pelo menos controle negativo, dos aspectos predominantemente discricionários dos atos administrativos, como a valoração dos motivos, mas, mesmo nesses casos, não poderá o Poder Judiciário dizer qual a melhor opção, em substituição à escolha da Administração, pois efetivamente a norma lhe confere uma faculdade de livre escolha.

Por outro lado, a doutrina moderna vem esclarecendo ser necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CB/88), revelando, assim, uma tendência para o ativismo judicial.

É preciso advertir que, ainda assim, o Judiciário não examinaria o mérito em si, mas no que o exorbita, isto é, o exercício irregular da discricionariedade, extravasando os limites legais, à luz da razoabilidade, que configuraria sua justificação teleológica.

Desse modo, é certo que a conveniência e a oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz, mas o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da

Administração. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo.

Nesse sentido, fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, o Judiciário, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, não apenas examina só a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

A jurisprudência também tem convergido nesse entendimento, asseverando que, embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, a análise de sua discricionariedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que ensejam<sup>56</sup>.

A ministra Eliana Calmon<sup>57</sup> segue tal pensamento, pois, para ela, não há mais limitação para o Poder Judiciário examinar apenas os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Tudo considerado, com o aprofundamento da sindicabilidade, a autoridade administrativa jamais desfruta da liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher), não merecendo prosperar o autoritarismo das escolhas administrativas, sob pena de afronta à afirmação dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, no exame de eventual vício no exercício da discricionariedade, não há lugar para eficácia apenas mediata de direito fundamental, pois a tutela dos direitos fundamentais deve servir para, entre outros objetivos, coibir restrições ou omissões indevidas do Poder Público. Tanto que, nos dizeres de Juarez Freitas<sup>58</sup>: “o mérito (atinentes ao campo dos juízos de conveniência e oportunidade) não é diretamente controlável, mas o demérito ou a antijuridicidade o serão, inescapavelmente”.

Sendo assim, o Poder Judiciário não usurpará da Administração Pública a análise sobre a conveniência e oportunidade da medida. Contudo, essa conveniência e oportunidade

---

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 365368 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.5.2007.

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 429570/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 22/03/2004 p. 277.

<sup>58</sup> Op. cit. p. 45.

devem se sujeitar à legalidade (em sentido amplo), competindo ao Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, verificar in concreto essa sujeição.

Tal questão se apresenta, de forma ainda mais explícita, no que se refere ao acesso aos cargos públicos, posto que, nesta seara, apenas à própria Administração Pública compete estabelecer quem deve pertencer aos seus quadros, logicamente dentro dos ditames legais atinentes à espécie. Afinal, em tema de concursos públicos, a definição dos procedimentos a serem adotados para a seleção dos candidatos pertence, exclusivamente, à Administração Pública, na pessoa do órgão gerenciador do certame, isto é, a respectiva Banca Examinadora, responsável pela elaboração do edital, o que implica o exercício da função administrativa.

Com a clareza que lhe é peculiar, bem abordou o tema a Prof<sup>a</sup>. Germana de Oliveira Moraes<sup>59</sup>, segundo a qual:

O controle jurisdicional da constitucionalidade, no campo do direito dos exames, envolve maiores dificuldades, pois as fronteiras entre a verificação da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública e o exame de mérito do ato administrativo nem sempre são perfeitamente delimitadas. Incumbe ao julgador, em cada caso, traçar estes limites, tendo sempre em mente que a sua capacidade de revisão do procedimento da Comissão Examinadora somente deve cessar, no reexame judicial de provas e concursos públicos, quando esbarrar na impossibilidade de lançar mão de critérios objetivos ou sua interferência puder desequilibrar a competição com prejuízos ao princípio constitucional da isonomia, considerando ser a finalidade das seleções de recrutamento de servidores públicos ou de ingresso em universidades propiciar iguais oportunidades de acesso a todos os candidatos.

### **3.4 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados**

A relação dos conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade suscita importantes debates na doutrina e jurisprudência, sendo tema de grande atualidade. Por esta razão, apesar de possuírem noções inconfundíveis, faz-se necessário correlacioná-las, apontando suas diferenças e seus pontos comuns.

---

<sup>59</sup> MORAES, Germana de Oliveira. O Judiciário e o Direito dos Concursos, *in* Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, nº 2, maio/2001, p. 59.

A imprecisão dos conceitos insertos em normas jurídicas não constitui exceção ou raridade, afinal, as próprias palavras são, essencialmente, polissêmicas, possuindo diversas acepções. Ademais, é fácil perceber que enquanto a normatização da conduta do homem é estática e morosa, a criatividade da dinâmica social é ligeira e frenética, por isso as leis não conseguem acompanhar a evolução dos fatos sociais.

Nesse contexto, a utilização da técnica legislativa dos conceitos indeterminados é frequente, nos dias de hoje, haja vista que o desenvolvimento administrativo complicou de tal modo as condições da previsão legislativa, que as normas foram ficando cada vez mais gerais, dando ao agente um largo campo de preenchimento do seu conteúdo. Questiona-se, pois, se a presença de imprecisão nos conceitos utilizados no texto normativo permitiria ao administrador público preenchê-lo com o conteúdo que pretendesse, implicando verdadeiro uso de poder discricionário.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>60</sup>, há duas posturas básicas no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados: (1) a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração porque, diante deles, ela tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução possível; e (2) a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração desde que se trate de conceito de valor.

Já para Eros Grau<sup>61</sup>, seguidor do entendimento da moderna doutrina alemã, a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados nada tem a ver com a técnica da discricionariedade, pois seria a discricionariedade um juízo de oportunidade não sindicável pelo Poder Judiciário, enquanto os termos jurídicos indeterminados seriam juízos de legalidade, atividade interpretativa passível de controle jurisdicional, sendo importante destacar suas seguintes lições:

A discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de "conceitos indeterminados". Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed, São Paulo, Atlas, 2001, p. 107.

<sup>61</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 191 e ss.



suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

Ainda, é preciso colacionar as considerações do mesmo ministro, no seu voto, quando da relatoria do RMS 24699 / DF, STF, Primeira Turma:

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. "*Indeterminado*" o termo do conceito --- e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* a sua interpretação [*interpretação = aplicação*] reclama a *escolha de uma*, entre *várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada*.

(...)

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados" [vale dizer, *noções*], *inexiste uma interpretação verdadeira [única correta]*; a única interpretação correta - que haveria, então, de ser *exata - é objetivamente incognoscível (é, in concreto, incognoscível)*. Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é *correto*; apenas isso.

A jurisprudência brasileira<sup>62</sup> tem se posicionado no sentido de que a existência de conceitos jurídicos indeterminados, muito embora possa conferir algum grau de discricionariedade, não exime o Poder Judiciário de analisar se a solução adotada pelo administrador público é a mais adequada para o caso concreto. Nota-se, desse modo, uma tendência dos tribunais superiores brasileiros para permitir o controle judicial das decisões administrativas baseadas em conceitos imprecisos.

Destarte, a imprecisão do termo jurídico termina por dar liberdade ao administrador para escolher como e quando agir no caso concreto, o que favorece soluções diversas a depender de quem analise o caso e o comendo legal. Cumpre, contudo, frisar que o poder discricionário não implica livre apreciação. A autoridade administrativa deve utilizar todos os métodos possíveis de exegese para alcançar o interesse público que o legislador quis proteger ao conferir-lhe discricionariedade.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2213/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/04/2002.

Na importante observação de Ingo Sarlet<sup>63</sup>:

O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

Por fim, é importante frisar que, havendo dúvida sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, incumbirá ao Poder Judiciário conferir se a Administração se manteve no campo significativo da aplicação da regra ou não, afinal, o Judiciário é sempre a instância mais apta para aferir se o agente público agiu em conformidade com o Direito.

### **3.5 Discricionariedade Administrativa e Motivação: os Parâmetros do Controle Jurisdicional**

Como visto, por decorrerem de uma margem de liberdade, os atos administrativos discricionários devem trazer claros seus motivos. Afinal, quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação faz-se necessária ao seu controle e, pois, à sua validade. Sendo certo que tais motivos precisam atender aos princípios basilares do Direito Administrativo.

É a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação. Não há, pois, invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato, pois a ausência ou falsidade do motivo é que caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Não se nega a distinção entre atos políticos e administrativos, porém, não se aceita que a decisão administrativa possa ser exclusivamente política, no sentido de motivação fora de controle. Já não se admitem atos exclusivamente políticos, pois se vincula o administrador aos motivos que ofertar, sendo inaceitável a insindicabilidade das decisões administrativas.

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 365-366.

Cumpra, assim, evidenciar a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual quando o motivo não vem expresso em lei, ficando ao sabor da Administração indicá-lo, o ato que praticar somente será válido se forem verdadeiros os motivos invocados. Desta feita, uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não exija a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificam, ficando a autoridade administrativa vinculada aos motivos que indicou.

Nessa esteira de raciocínio, a vontade do sistema constitucional faz uma releitura da teoria dos motivos determinantes, requerendo motivação consistente, coerente e proporcional. Assim, não se aceita qualquer motivação, pois se exige uma justificação congruente, sob pena de vício nulificador, salvo se tratar de atos de mero expediente e naqueles casos em que a Constituição admite a falta de motivação (exemplo: nomeação para cargos em comissão), mesmo aí, cabe moderada sindicabilidade quanto aos eventuais abusos.

Portanto, ao administrador não incumbe apenas escolher entre várias opções, mas há o dever de escolher bem. Parte-se da idéia de que a lei, ao conferir discricionariedade ao Administrador Público, assim o faz para que este adote a medida mais eficiente, mais adequada à cada situação, sempre tendo em vista a persecução do interesse público, conforme aduzem as sábias lições de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>64</sup>:

Exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos atos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.

Compreendidas estas ponderações, somente se admite a discricionariedade legítima se motivadamente vinculada aos princípios constitucionais. A oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser apurados de modo afastado desses princípios, que funcionam como critérios objetivos da legalidade do ato administrativo e devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público.

---

<sup>64</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 35.

Portanto, o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração, destacando-se o princípio da legalidade como uma destas diretrizes. Com efeito, tal matéria se encontra, atualmente, pacificada pela imensa maioria da doutrina e, fortuitamente, aos poucos acolhida na jurisprudência de maior vanguarda, conforme podemos observar a seguir:

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.

2. **Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.**

3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

4. Recurso provido.<sup>65</sup>

*(grifamos)*

A motivação é, pois, imprescindível a todo e qualquer ato administrativo (STF - RDP 34/141, Súmula 97 - TFR). Assim, em princípio, pode-se afirmar que a falta de motivação, ou a indicação de motivos falsos ou incoerentes, torna o ato nulo, conforme têm entendido nossos Tribunais (RDA 46/189, 48/122, entre outros).

### **3.6 O controle administrativo: autotutela da Administração Pública**

O controle administrativo consiste exatamente no poder de fiscalização e correção que a Administração Pública exerce sobre sua atuação, dando-se de duas formas, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.

---

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA DJ 16.05.2005 p. 417.

Com efeito, nos termos das já mencionadas Súmulas 346 e 473 do STF, o controle administrativo outorga à Administração o poder de rever seus próprios atos, anulando-os, por ilegalidade ou revogando-os, por questões de conveniência e oportunidade.

No Direito Administrativo, de acordo com os argumentos adotados por Di Pietro<sup>66</sup>, não é possível admitir que a nulidade relativa somente poderá ser decretada se provocada pela parte interessada, porque “dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta, seja relativa”. Há sempre que prevalecer o interesse público na preservação da legalidade sobre o interesse individual do administrado.

Assim, a distinção que fica é a seguinte: a nulidade é relativa quando o ato pode ser convalidado e a nulidade é absoluta quando o ato não pode ser convalidado. Contudo, isso depende do vício do ato, ou seja, depende do elemento do ato administrativo que está viciado.

Dois tipos de vícios admitem convalidação: o vício relativo ao sujeito e o vício relativo à forma. Os outros elementos, se estiverem viciados, geram nulidade absoluta e não permitem a convalidação do ato, como aquelas hipóteses em que o vício seja relativo ao motivo, ao objeto e à finalidade.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>67</sup> verifica a existência de três formas de convalidação. A primeira é a ratificação. Nela, a autoridade que deve ratificar pode ser a mesma que praticou o ato anterior ou um superior hierárquico, o importante é que a lei lhe haja conferido essa competência específica. A segunda é a reforma, admitindo que novo ato suprima a parte inválida do ato anterior, mantendo sua parte válida. A última é a conversão, que se assemelha à reforma. Por meio dela, a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte. Assim, o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento.

Um outro instituto sobre o qual é importante falar é o da confirmação. Nela, mantém-se conscientemente o ato nulo, não se corrige a ilegalidade. Seriam hipóteses assim também excepcionais.

---

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 228.

<sup>67</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18.ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 148-149.

A doutrina admite que um ato ilegal pode ser mantido em determinadas circunstâncias, quando da invalidação do ato ilegal possa resultar um prejuízo maior para o interesse público do que da manutenção do ato, por isso, normalmente, a confirmação se dá pelo decurso do tempo.

Já quanto à invalidação, também denominada anulação, pode-se dizer que é a desconstituição do ato administrativo por força da existência de ilegalidade, disposta como dever no art. 53, da Lei nº 9.784/99. Ela produz efeitos retroativos à data em que o ato foi praticado e pode ser feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Importa saber que, em tema de concursos públicos, a anulação deve ser declarada ante a ocorrência de vícios insanáveis. Já, se estivermos diante de procedimento que contiver vícios de legalidade plenamente sanáveis, a Administração é obrigada a convalidá-los, pois, a anulação neste caso, seria uma medida atentatória aos princípios da economicidade e da instrumentalidade das formas, sendo também plenamente incompatível com o interesse público, ante a multiplicidade de interesses legítimos que o certame desperta no seio social.

Dessa forma, o dever maior de convalidar se impõe, com base nos princípios da legalidade, da boa-fé e da segurança jurídica, gerando para o Administrador a obrigatoriedade de convalidação por força da hierarquização axiológica de princípios em antinomia.

Por fim, no que tange à revogação, esta atinge o ato válido, o ato legal, por isso não retroage. Os efeitos já produzidos têm que ser respeitados. E ela também sofre algumas limitações, pois não podem ser revogados os atos vinculados, os atos que já exauriram os seus efeitos, os atos enunciativos, os atos que integram um procedimento, posto que a cada novo ato, ocorre a preclusão com relação ao ato anterior, bem como não se pode revogar quando a autoridade já exauriu a sua competência, quer dizer, o ato já saiu da competência dela, já está na mão da autoridade de nível superior. Por sua vez, não podem também ser revogados os atos que gerem direitos adquiridos e isto consta da parte final da Súmula 473 do Supremo.

## **4 O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS EDITAIS DE CONCURSOS PÚBLICOS**

Já se consignou que a Administração Pública se sujeita a várias formas de controle, entre elas, o controle exercido pelo Poder Judiciário, não obstante a constante tensão entre os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e da separação dos poderes (art. 2º).

Feitas as devidas considerações, oportuno se faz, agora, analisarmos os casos a seguir evidenciados, em que verificaremos a possibilidade do controle jurisdicional sobre os editais reguladores dos certames públicos, tratando de todo o procedimento que vai desde a inscrição até a homologação e nomeação dos aprovados.

### **4.1 Etapa interna do concurso público**

Considerando que o concurso se caracteriza por um rito processual, qual seja, uma sucessão ordenada de atos com o fim de concretizar o objetivo final da Administração, vale dizer, a seleção e o recrutamento de pessoas para o preenchimento de cargos ou empregos públicos. Tal procedimento se desenrola em uma etapa interna e outra etapa externa.

Na etapa interna, a Administração vai averiguar a existência de dotação orçamentária, bem como a respectiva autorização para a realização do certame, além, é claro, a constatação do pressuposto lógico do concurso, isto é, sua causa, que se justifica exatamente pela existência de vagas ociosas e a necessidade de seu efetivo provimento.

Com efeito, só a necessidade do preenchimento do cargo vago justifica o certame, por isso é inadmissível a expiração imotivada do prazo de validade do certame sem a nomeação de todos os aprovados dentro das vagas divulgadas no respectivo edital ou dentro das vagas criadas em momento posterior (cadastro de reserva), situação que verificaremos melhor quando tratarmos do direito dos candidatos à nomeação em um dos tópicos seguintes.

O ato de abertura do concurso, em geral, configura conduta discricionária, por isso a Administração pode ponderar a conveniência e oportunidade de sua realização e o seu impacto orçamentário-financeiro, ajustando-se às exigências decorrentes do § 1º, I e II, do art. 169 da CF/88, bem como às diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2001).

Aliás, no âmbito do Poder Executivo Federal, a realização de concursos públicos “depende de prévia autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”, conforme a redação do art. 5º da Portaria MP n. 450/2002.

Importa notar também que a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC n. 73/93), em seu art. 21, § 1º, estabelece que os concursos públicos devam ser realizados na hipótese em que “o número de vagas da carreira exceda a dez por cento dos respectivos cargos, ou, com menor número, observado o interesse da Administração e a critério do Advogado-Geral da União”.

Dessa forma, apesar da deflagração dos certames se sujeitar à ação discricionária da Administração, o ideal é que a lei estabeleça critérios objetivos e vinculantes para a abertura do concurso, conforme o fez no caso da AGU, em ordem a evitar a atuação abusiva e fraudulenta da Administração, não autorizando que fique longo tempo sem realizar seleções públicas ou descambe para o desvio de finalidade, valendo-se de expedientes arbitrários, burlando tal princípio constitucional em detrimento da coletividade.

Ademais, a execução do concurso poderá ser direta ou indireta. Caso opte pela primeira forma, a Administração deverá, por seus próprios meios, estabelecer as condições gerais do certame, designando a Banca Examinadora responsável pela elaboração do edital.

Já se optar pela execução indireta, a Administração deverá valer-se, via de regra, de prévio processo licitatório para contratação da entidade executora do certame, órgão distinto da repartição interessada, visando garantir maior imparcialidade no processo seletivo.

Nesse último caso, a exceção se verifica quando for cabível a dispensa de licitação, como na hipótese do art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93. Essa medida excepcional somente poderá ser aplicada diante da comprovação da existência do nexo entre as atividades enunciadas no aludido permissivo legal, a natureza da instituição e o objeto da contratação.



No mesmo sentido, é preciso ainda deixar registrado que o presente assunto encontra-se sumulado na Corte de Contas da União nos seguintes termos:

SÚMULA 250: A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Contudo, em algumas situações, tal dispositivo tem gerado certos transtornos, quando a Administração se vale do aludido comando para cometer ilegalidades, contratando empresas que não se amoldam às exigências da lei, em claro prejuízo aos administrados, visto que a dispensa de licitação afasta a concorrência de outras entidades mais aptas a executar o procedimento, sendo passível de verificação pelo Judiciário, como ocorreu recentemente no caso do concurso para o Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, cujo período de inscrição foi suspenso por decisão judicial<sup>68</sup>.

Outro problema que, por vezes, gera controvérsias judiciais, ainda no âmbito interno dos concursos públicos, é a questão relacionada às Bancas Examinadoras, órgãos colegiados dotados de autonomia administrativa, técnica e científica, responsáveis pela elaboração dos editais, observadas as diretrizes regulamentares, e pela condução do concurso.

Acontece que, em respeito ao princípio fundamental da publicidade, é necessária a divulgação prévia dos nomes dos componentes das bancas e sua respectiva qualificação profissional, pois, “não é justo alguém ser submetido ao julgamento de seu conhecimento por intermédio de um processo obscuro, em que se ignora, por completo, os responsáveis pela respectiva avaliação”<sup>69</sup>.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça<sup>70</sup> recomendou aos tribunais do país que as bancas examinadoras de concursos públicos do judiciário não sejam secretas. Essas bancas são caracterizadas nas ocasiões em que não são divulgados os nomes dos integrantes da comissão do concurso e da banca examinadora.

---

<sup>68</sup> Processo nº 2008.81.00.014802-2 / 1ª Vara da Justiça Federal no Ceará.

<sup>69</sup> Cf. MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

<sup>70</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6998:cnj-recomenda-proibicao-de-bancas-secretas-em-concursos-publicos-do-judiciario&catid=1:notas&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6998:cnj-recomenda-proibicao-de-bancas-secretas-em-concursos-publicos-do-judiciario&catid=1:notas&Itemid=675)> Acesso em: 20 mai.2009.

A decisão foi tomada durante a sessão plenária, de 18 de março de 2009, na avaliação do Pedido de Providências (PP 200810000017820) do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás. De acordo com a decisão, a medida é direcionada para concursos feitos pelos próprios tribunais ou por instituições especializadas. Vale ainda para concursos para seleção de magistrados, cartórios ou para servidores.

Aliás, tal exigência decorre do próprio dever de imparcialidade dos agentes públicos e dos princípios gerais da atividade administrativa, sendo aplicáveis, subsidiariamente, as disposições constantes da Lei n. 9.784/99, no âmbito da União, sobretudo o disposto em seu Capítulo VII, artigos 18 a 21.

Nesse contexto, importa constar que é conveniente que o edital contemple as causas de impedimento ou suspeição dos membros das bancas examinadoras, bem como, na hipótese de afastamento de algum de seus componentes, a indicação da relação de suplentes.

Muito comum, como exemplo de impedimento na seara de concurso público, é a existência de donos de cursinhos preparatórios para os certames na composição da banca examinadora<sup>71</sup>, o que se afigura completamente descabido. Já, como exemplo de suspeição, pode-se citar a ocorrência de perseguição a algum candidato por algum membro da banca que seja seu antigo desafeto.

Para melhor ilustrar, insta colacionar o seguinte julgado do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CIRURGIÃO DENTISTA DA REDE PÚBLICA. LAÇO DE CONSANGÜINIDADE DE CANDIDATO COM MEMBRO DA BANCA EXAMINADORA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 24, § 2o. DO DECRETO 21.688/00 DO DISTRITO FEDERAL. ANULAÇÃO DA PROVA OBJETIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37 da CF), que impõe a anulação de ato que, embora emanado da manifestação de vontade de um de seus agentes, contenha vício insanável, para o fim de restaurar a legalidade violada.

2. A ilegalidade de ato que constituiu a banca examinadora inquina de nulidade todos os atos posteriores, dele decorrentes, como é o caso da realização de prova objetiva elaborada pelos membros da referida comissão; a decretação de nulidade de concurso é ato impessoal, que atinge todos os candidatos que dele participaram e não apenas aquele parente do examinador.

3. Aplica-se, na espécie, o verbete da Súmula 473/STF, segundo o qual a Administração Pública tem o poder de anular seus próprios atos de ofício, quando

<sup>71</sup> A Resolução Nº 11/2006 do CNJ, em seu artigo 6º, buscou trazer a ética, transparência e probidade dos concursos impedindo que docentes dos cursos preparatórios para ingresso na carreira da magistratura integrem as comissões do concurso e as bancas examinadoras.

eivados de ilegalidade, em observância aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia.  
4. Recurso desprovido.<sup>72</sup>

Tem-se, pois, no caso supra, a existência de irregularidade em concurso público, consubstanciada na participação de candidato parente consanguíneo de membro de banca examinadora, que impõe a anulação do certame, pois, desde o início, estava inquinado de ilegalidade. Destarte, o decreto de nulidade, corretamente fundamentado, alcança todos os candidatos, aprovados ou não, que terão, à toda evidência, direito a realizar novo certame, agora isento de parcialidade.

Por fim, é preciso consignar a exigência de que os membros das bancas examinadoras possuam idoneidade técnica e científica, sendo recomendável que possuam mais títulos que os eventuais candidatos, gozando de notória reputação relativamente às áreas a serem avaliadas, sem o que se torna questionável a unanimidade de idoneidade das comissões organizadoras, comprometendo a eficácia, a eficiência e a efetividade do certame.

#### **4.2 Etapa externa do concurso: divulgação por meio do edital**

O termo edital deriva de “*edictus*”, de “*edictare*” (publicar, anunciar), o que denota exatamente a função do edital de deflagrar a fase externa do certame, sendo justamente o ato administrativo instrumental e divulgador do concurso público e de seu regramento, conferindo publicidade ao processo seletivo, de modo que deve ter ampla divulgação para a coletividade, a fim de convocar os interessados para inscrição.

É imprescindível que o edital contenha todas as informações para a realização do certame, estipulando as condições e regras básicas do procedimento. Contudo, com certa imprecisão, costuma-se dizer que o edital é a lei dos concursos, entretanto, ele não ostenta índole normativa (abstrata), mas sim contém a norma procedimental que dispõe acerca dos direitos e deveres das partes envolvidas no certame.

---

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.979/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJ 20/10/2008.

Com efeito, o edital é justamente uma pauta vinculante de prescrições, editada por portador de legitimidade e subordinado à lei, a cuja observância acham-se submetidos candidatos e Administração Pública, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores, por isso é indispensável sua coerência com o ordenamento jurídico, em especial com a lei e com a Constituição Federal.

Dessa forma, pela incidência dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, faz-se obrigatório o fiel cumprimento das cláusulas editalícias, sob pena de nulidade do ato daquele que desrespeitar as suas estipulações.

Neste ponto, a orientação jurisprudencial nada mais proclama senão o caráter vinculante das normas e cláusulas que compõem o edital de concurso público, pois - consoante adverte nossa Suprema Corte: "Os parâmetros alusivos ao concurso hão de estar previstos no edital" (RE 118.927-RS (AgRg), Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

O edital pode ser impugnado diretamente pela pessoa lesada tanto administrativamente, como por meio do Judiciário, inclusive através do uso do mandado de segurança, não sendo aplicável, nesse caso, a Súmula 266 do STF ("não cabe mandado de segurança contra lei em tese"). Nesse ponto, a jurisprudência afirma que a data da publicação do edital do concurso público constitui o *dies a quo* do prazo decadencial para ajuizamento de mandado de segurança visando ao questionamento de disposição nele inserta<sup>73</sup>.

Ante as considerações feitas, passemos, finalmente, à análise das situações em que o controle jurisdicional se torna passível diante da previsão abusiva das cláusulas editalícias nas diversas fases do procedimento, desde a inscrição até a convocação final dos aprovados.

### **4.3 Fase das inscrições**

#### **4.3.1 Prazo para realização das inscrições e sua eventual reabertura**

---

<sup>73</sup> Seguem essa orientação inúmeros julgados do STJ, podendo ser citados: RMS 22951/AP; RMS 24.011/MG; REsp 613542/SP; RMS 24630/RO, AGRG NO RMS 21133/BA; RMS 21436/PB, entre outros.

A inscrição é um ato voluntário do candidato interessado, que ainda se sujeita à homologação pela autoridade administrativa competente, mas também, mesmo credenciando o candidato a participar do concurso público, não lhe dá o direito à realização do certame na época e nas condições previamente estabelecidas no instrumento convocatório.

É assim porque os candidatos possuem mera expectativa de direito, posto que, por razões de interesse do Poder Público, a Administração pode desistir do concurso, cancelando-o ou invalidando-o, antes, durante ou após a sua realização.

Nessas situações, não há direito à indenização por prejuízos ou expectativas frustradas pela não realização do certame, pois o simples pagamento da taxa de inscrição somente dá mera expectativa de sua realização. Contudo, uma forma de compensação encontrada, até para evitar enriquecimento sem causa por parte da Administração, é o direito do candidato reaver o valor pago a título de inscrição, com correção monetária.

Prática comum do Poder Público é isentar de taxa de inscrição, em novo concurso público, o candidato que já pagou a mesma em concurso anterior que não se realizou, o que também não traz qualquer óbice para que o candidato opte por reaver o valor pago antes do novo concurso, pois pode não querer mais participar do certame posterior.

Cumprido salientar que, em respeito aos princípios inerentes aos concursos, já expostos anteriormente, mormente no que tange ao da publicidade, ao da razoabilidade e ao da competitividade, o edital deve observar um prazo mínimo entre a sua publicação e a realização das provas, o que, analogicamente, deve seguir o prazo previsto para a modalidade de licitação concurso, que é de 45 dias, como dispõe o art. 21, § 2º, I, a, da Lei nº 8.666/93.

Não raro, é possível encontrar disposições editalícias contemplando prazos manifestadamente irrisórios, inadequados para uma preparação mínima dos candidatos. No entanto, o prazo de divulgação deve proporcionar o amplo conhecimento da coletividade, sendo, por isso, vedados editais que circulem por prazo insustentável. Afinal, o curto prazo entre a publicação do edital e o encerramento das inscrições inviabiliza a própria essência competitiva do certame.

Caso o vício relativo ao exíguo prazo de inscrições não seja sanado, é possível a intervenção do Judiciário, para afastar a irregularidade, como ocorreu no seguinte julgado:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PUBLICAÇÃO EM POUCOS DIAS ANTES DA ABERTURA ÀS INSCRIÇÕES - PRAZO EXÍGUO PARA INSCRIÇÕES - DESOBEEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - NULIDADE. É nulo o edital de abertura de inscrições para concurso público publicado poucos dias antes da abertura das inscrições, por prejudicar o princípio da publicidade.<sup>74</sup>

Além disso, como bem observam Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>75</sup>, é preciso que seja estipulado horário adequado e disponibilizados postos de atendimento situados em locais de fácil acesso e com abrangência geográfica compatível com a natureza e a quantidade de cargos ou empregos ofertados pelo ente estatal. Não se pode também proibir a realização de inscrição por intermédio de procurador, nem tampouco restringir o uso de meios práticos e tecnologicamente eficazes como sedex, correio eletrônico, fac-símile ou internet.

Ademais, também devem ser observadas certas formalidades referentes às alterações supervenientes no edital, pois, se de alguma maneira importarem mudança significativa na avença, isso implica a renovação integral do prazo de inscrição previamente estipulado, em ordem a resguardar o postulado fundamental da isonomia.

Como cediço, compete ao administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, pois qualquer alteração, no decorrer do processo seletivo, deve considerar todos os participantes inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a publicação do edital, sob pena de fulminar todo o concurso, a não ser que seja estipulada nova sistemática editalícia para regular o certame.

Destaca-se, por relevante, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal<sup>76</sup> que perfilha os entendimentos aqui lançados:

CONCURSO - EDITAL - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos ao concurso não de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada a relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida.

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC. Apelação Cível nº 2008.000548-2, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 17/07/2008.

<sup>75</sup> MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva 2007, p. 95.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 118927-RJ Relator Min. MARCO AURELIO, Julgamento: 07/02/1995, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Oportuno falar que na lei distrital nº 3.964/2007, já citada capítulos acima, não pode haver nenhuma alteração no edital 30 dias antes da realização das provas. Afinal, as mudanças nas regras, com o jogo em andamento, muitas vezes, trazem prejuízos aos candidatos, como ocorreu com os 90.264 inscritos no concurso da Petrobras de 2008, para os cargos de técnico de operação júnior e técnico de inspeção de equipamentos e instalações júnior - mecânica e metalurgia<sup>77</sup>.

No em caso em tela, a ampliação dos cursos técnicos aceitos como exigência da Petrobras foi pouco divulgada, pois as alterações foram veiculadas apenas no Diário Oficial da União. Já no site da empresa organizadora do certame (Cespe/Unb), o edital de retificação só foi divulgado depois do término das inscrições. Em decorrência disso, a dois dias das provas, os candidatos foram surpreendidos com o adiamento delas, sendo remarçadas por consequência de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal (MPF/DF)<sup>78</sup>, prevendo ainda a reabertura do prazo de inscrição por 17 dias, antes da realização de uma nova prova.

O ocorrido é apenas um exemplo, dentre tantos outros, de que é possível a reabertura das inscrições em casos de alterações substanciais ou mesmo exigências ou omissões ilegais dos editais de abertura dos concursos, o que, muitas vezes, é conseguido, inclusive, pela necessária interferência judicial, bem como do próprio Ministério Público, tão presente em demandas deste jaez, o que se afigura extremamente importante para o fortalecimento e a proteção dos princípios democráticos e dos direitos coletivos e difusos.

#### 4.3.2 A taxa de inscrição e a sua obrigatória isenção para os hipossuficientes

Erigeu-se, no passado, conforme visto, a permissividade para os agentes públicos fazerem do poder aquisitivo dos candidatos barreiras quase intransponíveis para o acesso a cargos, empregos e funções.

---

<sup>77</sup> Disponível em: <[http://www.prf.mpf.gov.br/imprensa/copy\\_of\\_news\\_item.2008-03-07.7621271629](http://www.prf.mpf.gov.br/imprensa/copy_of_news_item.2008-03-07.7621271629)>. Acesso em: 18 mai. 2009.

<sup>78</sup> Processo: 2008.34.00.007319-4 / 9º Vara da Justiça Federal no DF.

A seleção, além dos fatores pessoais do candidato, exige uma concorrência entre esses, nem sempre sendo disponíveis cifras na ordem do valor limite, definido como taxa de inscrição, que vem imposto para permitir apenas o direito de disputar uma vaga, o que, por via oblíqua, constitui-se em restrição à competição, em nada justificável.

Dessa forma, o poder aquisitivo, muitas vezes, resulta em meio odioso de seleção. Contudo, conforme se orienta, o valor da taxa deve ser apenas o suficiente para cobrir os custos do concurso, o que deverá ser devidamente justificado pela Administração, na etapa interna do procedimento, para ser razoável e proporcional com as despesas efetivas na execução do certame, a fim de melhor preservar o interesse público.

Nesse sentido, consoante decidiu o STJ<sup>79</sup>, “a cobrança de taxa de inscrição não caracteriza exação ilegal, uma vez que os concursandos não são contribuintes nem a taxa de inscrição confunde-se com tributo”, pois o seu destino é apenas custear os dispêndios da entidade responsável pela organização do concurso.

Infelizmente, é forçoso reconhecer a dificuldade do questionamento junto ao Poder Judiciário quanto à coibição da fixação das taxas elevadas, porque o processo é oneroso e muito custoso. Existe, porém, a possibilidade de argüir esse fato perante os Tribunais de Contas, quando da publicação dos editais, cobrando dessas instituições o exame dos fatos e circunstâncias que levaram a definição dos valores. É que, por dever constitucional, compete a essas Cortes apreciarem não só a legalidade, mas também a legitimidade e economicidade dos atos da Administração Pública.

No âmbito da União, a Lei nº 8.112/90 estabelece, na parte final de seu art. 11, que a inscrição do candidato está condicionada ao “pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas”.

Nesta seara, caso o edital não contemple os casos de isenção da taxa de inscrição, tal omissão não importa na supressão desse direito, por isso o candidato pode fazer requerimento exposto à organização do concurso, com base no direito constitucional de petição, pleiteando a referida isenção, devendo o ente público responder de forma motivada.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 13.858/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 385



Se for negado administrativamente o pedido, a atuação do Poder Judiciário se faz necessária, sendo certo que não há nenhuma interferência em qualquer juízo de conveniência ou oportunidade da Administração Pública, pois, em casos tais, o que se pretende é a obtenção da máxima eficácia de normas constitucionais em benefício de indivíduos carentes que pretendam ingressar no serviço público. Com isso, infere-se que não se contempla qualquer discricionariedade para a Administração, ante a obrigatoriedade de previsão de isenção de taxa para os comprovadamente pobres nos editais de concursos públicos.

Corroborando toda a fundamentação expendida, vejamos os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE. PROCESSO. UTILIDADE RECONHECIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. TAXA DE INSCRIÇÃO. ISENÇÃO. CANDIDATO CARENTE. POSSIBILIDADE.

1. Interesse processual e por consequência a utilidade do processo que se reconhece, em razão da necessidade de provimento jurisdicional a amparar o bem jurídico pleiteado.
2. A isenção de taxa de inscrição aos candidatos carentes é assegurada pelo princípio do amplo acesso aos cargos públicos (inciso I, do art. 37 da CF/88).
3. Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal.
4. Preliminar de carência de ação não acolhida.
5. Apelação improvida.<sup>80</sup>

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TAXA DE INSCRIÇÃO. LEGALIDADE (LEI N. 8.112/90, ART. 11). ISENÇÃO.

1. Embora seja legal a cobrança de taxa para inscrição em concurso público (Lei n. 8.112/90, art. 11), ilegal se mostra disposição editalícia que veda a concessão de isenção, "seja qual for o motivo alegado", por contrariar não apenas o dispositivo legal mencionado, que prevê, expressamente, casos de isenção, mas, também, preceitos constitucionais que asseguram a todos igualdade de livre acesso aos cargos públicos.
2. Segurança concedida.
3. Sentença confirmada.
4. Apelação e remessa oficial, desprovidas.<sup>81</sup>

À luz da orientação do STJ<sup>82</sup>, deve-se ressaltar ainda que há direito líquido e certo à isenção de taxa de inscrição em concurso, sendo que, nesses casos, a comprovação da hipossuficiência econômica é premissa inafastável à sua aferição, devendo a alegação de pobreza ser prova que não se apresenta estreme de dúvida, isto é, seja incontestável.

<sup>80</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC - 330816. Processo: 200181000169262. Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro. DJ - Data: 28/02/2005 - Página: 598.

<sup>81</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AMS - 23686. Processo: 199934000023686. Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro. DJ Data: 14/11/2001 - Página: 308.

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.209/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/04/2003, DJ 22/04/2003 p. 195.

#### 4.3.3 Da exigência de comprovação dos requisitos de habilitação do cargo ou emprego no ato de inscrição no concurso público

A realidade prática revela que boa parte dos concursos públicos exige o cumprimento dos requisitos legais dos cargos e empregos indistintamente no ato de inscrição. Tal situação é inadmissível, pois além de abarrotar as varas judiciárias com processos discutindo tal ilegalidade, limita, de forma indevida, o universo de interessados no certame.

É flagrante a inconstitucionalidade de tal exigência, na medida em que, pela conjugação dos incisos I e II do art. 37 da CF/88, pode-se concluir que os requisitos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas são exigíveis para a investidura nos mesmos.

Deve-se, primeiramente, entender que a investidura decorre do ato de provimento, dando-se por ocasião da posse no cargo e apenas pode ocorrer quando válido e eficaz o ato de nomeação pelo qual se tem o provimento.

De fato, inscrição não é pré-investidura. Apenas relaciona candidatos a um certame que finda no preenchimento de cargos, não se podendo, por isso, exigir os requisitos para a investidura no ensejo da inscrição, eis que tais condições deverão ser provadas apenas pelos candidatos aprovados.

Afinal, repise-se, sendo no momento da posse que se encerra o ciclo de ingresso na Administração Pública, não se atende à finalidade maior do concurso, nem à observância ao princípio da razoabilidade, exigência do preenchimento dos requisitos já na inscrição.

A respeito disso, Celso Spitzcovsky<sup>83</sup> consigna que, ao proceder em desrespeito a essa conclusão, “estaria a Administração restringindo, de forma indevida, posto que desarrazoada, a participação de candidatos que possam não preencher a exigência no momento da inscrição, mas que, certamente, poderão fazê-lo no momento da posse”.

---

<sup>83</sup> SPITZCOVSKY, Celso. *Concursos Públicos: limitações constitucionais para os editais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2004. p. 210.

Assim, os requisitos de habilitação são condições de ingresso no serviço público, e não de participação no certame. Contudo, conforme importante ressalva feita por Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>84</sup>, é preciso salientar que:

A Administração não está impedida de exigir dos candidatos, no ato de inscrição do concurso público ou por ocasião de determinada fase procedimental, o preenchimento de certas qualificações ou condições imprescindíveis para a própria realização das provas, como ocorre, por exemplo, com os exames de habilitação específica, tal qual a exigência da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) dos candidatos inscritos para concurso público de motorista ou agente de segurança, cuja habilitação legal para dirigir constitui pressuposto para a realização das provas práticas de direção.

Dessa maneira, a triagem prévia da Administração deve afastar apenas os candidatos que não ostentem as condições mínimas para implementação dos requisitos no momento de sua eventual investidura.

Nesse sentido, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 5º, estatui que são requisitos básicos para investidura em cargo público:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o gozo dos direitos políticos;
- III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V - a idade mínima de dezoito anos;
- VI - aptidão física e mental.

Entretanto, como se sabe, as atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei, ainda assim, as exigências editalícias devem ser observadas no momento da posse e não da inscrição, a não ser que sua implementação prévia constitua pressuposto para a própria realização do concurso, em casos excepcionais.

Destarte, por exemplo, quando se exige um diploma de curso superior, não é para que o candidato possa fazer as provas, mas para que tenha conhecimentos necessários ao melhor exercício das atribuições do cargo; tal diploma só há de ser exigido, pois, no ato da investidura<sup>85</sup>, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado no

---

<sup>84</sup> Op. cit. p. 223.

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . AgRg/Ag 110559-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13/09/99.

enunciado da Súmula 266: “o diploma ou a habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse, e não na inscrição para o concurso público”.

Tal posição é seguida em diversos julgados do Colendo Tribunal. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO E REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO PÚBLICO. BACHAREL EM DIREITO. EXIGÊNCIA DO DIPLOMA NO ATO DA INSCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse, e não na inscrição para o concurso público. Incidência da Súmula 266/STJ.

2. Esse posicionamento coaduna-se também com o próprio art. 14 da Lei 8.935/1994, in verbis: "A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: (...) V - diploma de bacharel em direito."

3. Agravo Regimental não provido.<sup>86</sup>

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DE ESCOLARIDADE. NO ATO DA INSCRIÇÃO. SÚMULA Nº 266 DO STJ.

I - Consoante entendimento desta Corte, a exigência de comprovação da escolaridade (diploma ou habilitação legal) tem pertinência com o desempenho da função, não com a inscrição em concurso para o provimento do cargo, sendo, pois, forçoso concluir que somente no ato da posse a comprovação desse requisito se faz necessária (Súmula nº 266/STJ). Precedentes.

II - Agravo regimental desprovido.<sup>87</sup>

Por fim, cumpre salientar, porém, que é defeso ao Poder Judiciário prorrogar a data da posse de candidato até que este preencha os requisitos exigidos no edital, mesmo que tal fato ocorra no prazo de validade do concurso em que foi aprovado, pois, caso contrário, estaria caracterizado tratamento desigual com aqueles que já preenchem todos os requisitos.

#### 4.3.4 Da exigência de prática de atividade jurídica

Ao cuidar do concurso de ingresso à Magistratura e ao Ministério Público, a Reforma do Judiciário passou a exigir “do bacharel em Direito, no mínimo, 3 anos de

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 27.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 19/03/2009.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 687.206/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 01/07/2005 p. 613.

atividade jurídica” (arts. 93, I, e 129, § 3º, com a redação da EC n. 45, promulgada em 8-12-2004). Com isso, quiseram os parlamentares instituir um lapso mínimo, antes que o novo juiz ou o novo membro do Ministério Público assumira seus difíceis encargos, que supõem maturidade e experiência.

Antes mesmo dessa previsão constitucional, a prática de atividade jurídica já vinha sendo questão enfrentada pelo Poder Judiciário, seja diante da constitucionalidade da lei que a previa como requisito de acesso a certo cargo público, seja mesmo quando do cumprimento da lei que previa tal requisito, ou, ainda, na ausência da lei, quando o próprio edital do concurso previa tal exigência.

O STJ<sup>88</sup>, inclusive, há tempos, vinha considerando legítima a exigência de *prática forense* para o ingresso nas carreiras jurídicas, mas o seu conceito devia ser interpretado de forma ampla, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel em Direito, como também as assessorias jurídicas, as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância, como as dos funcionários, e até as atividades de estágio nas faculdades de Direito, doadoras de experiência. Até mesmo no conceito de exercício de atividade jurídica, tinha-se entendido estar compreendido o trabalho de quem fazia pesquisas jurídicas em bibliotecas, revistas e computador etc<sup>89</sup>.

Destarte, alguns entendem que a exigência de prática forense, como qualificação necessária do candidato, é razoável apenas por ocasião da prestação da função pública, sobretudo, após a investidura no cargo público, ao passar pelo período de estágio probatório e pela avaliação periódica, conforme estabelecido constitucionalmente.

Em que pesem tais argumentos, não se pode negar que a prévia análise da qualificação do candidato, durante o próprio concurso público, seria menos onerosa ou prejudicial à coletividade, pois assim seria bem menos provável uma possível exoneração de servidor inapto por inexperiência forense, evitando-se a prestação inadequada do serviço, preservando-se, assim, o interesse público. Com base nisso, a exigência de prática forense, em tempo mínimo razoável, para os cargos cujas funções necessitem de tal experiência, não se mostra inconstitucional ou limitadora do acesso aos cargos públicos.

---

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 450.936-RS, RESP 399.345-RS; AREDMS 6620-DF; MS 6867-DF; MS 6624-DF; MS 6559-DF; MS 6815-DF; MS 6579-DF; RESP 241659-CE; MS 6200-DF; MS 6216-DF.

<sup>89</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 4628-DF; MS 5148-DF.

Sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 11/06, que, no seu artigo 2º, sedimentou o conceito de "atividade jurídica" nos termos seguintes:

Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer atividade anterior à colação de grau.<sup>90</sup>

Muito embora deixe patente que os estágios acadêmicos e demais atividades anteriores à colação de grau não possam ser computadas para o tempo de exercício de atividade jurídica, a Resolução em comento, no seu artigo 3º, possibilitou a contagem do tempo realizada em "cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (...) ou pelo Ministério da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação"<sup>91</sup>, também sendo válidas as pós-graduações "stricto sensu", como os Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito, reconhecidos pelo MEC.

Cumprе salientar, ainda, que, no artigo 4º da Resolução em questão, o CNJ resolveu por bem exigir que todo graduado em Direito que exerça "cargos, empregos ou funções não privativos do bacharel em Direito" deverão apresentar "certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, indicando as respectivas atribuições e a prática reiterada de atos que exijam a utilização preponderante de conhecimento jurídico”.

Ademais, o artigo 5º da Resolução em comento delimitou que o prazo para a comprovação dos 3 (três) anos de atividade jurídica será exigido "por ocasião da inscrição definitiva no concurso". Conquanto a inscrição definitiva seja posterior à data final para as inscrições, na prática não se vislumbra tantas vantagens ao candidato dado o exíguo tempo entre um e outro prazo. Além de que segue, em sentido oposto, a jurisprudência pátria, em especial a Súmula 266 do STJ, vista neste estudo.

Diverso seria se a comprovação do período de atividade jurídica fosse exigida quando da nomeação ou da posse do então magistrado, o que, em tais casos, representaria

---

<sup>90</sup> Cf. Resolução nº 11, de 31 de janeiro de 2006 do CNJ, disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em: 22 Mai. 2009.

<sup>91</sup> Dispositivo revogado pela recente Resolução nº 75, do CNJ. Contudo, os cursos iniciados antes da entrada em vigor da resolução, publicada em 21/05/09, serão considerados.

uma vantagem ao candidato, dado o dilatado prazo que se percebe, em alguns concursos, até que o candidato seja investido.

Destarte, argumentos não faltam para criticar a sobredita Resolução do CNJ, mormente para os defensores da tese de que caberia à lei dispor sobre tal assunto, não sendo o caso de uma resolução oriunda de órgão do Poder Judiciário fazê-lo. Até porque tal órgão possui função disciplinar para regular a conduta dos atuais juízes e não dos candidatos a juiz.

Corroborando os argumentos supra, Agapito Machado<sup>92</sup> faz importante observação ao salientar que o CNJ é encarregado do controle da atuação administrativa e financeira, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, assim, a competência regulamentar que lhe é ofertada é sobre a atividade de controle, não se concebendo poderes para regulamentar o acesso à carreira de juízes.

Outrossim, parece mesmo certo que não poderia o CNJ cuidar da definição de prática de atividade jurídica, ainda porque o próprio art. 93 da CF/88 sempre estabeleceu que caberia à lei complementar dispor sobre o Estatuto da Magistratura, por isso seria norma de eficácia limitada, sendo necessária a edição da referida norma para que tal requisito seja exigido, inclusive, quanto à sua comprovação já no ato da inscrição, caso contrário, encontra-se passível de ser questionado pelas vias judiciais cabíveis.

Ao se pronunciar sobre o tema, em casos análogos, o Colendo STJ aduziu assim:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 93, I, CR/88. EFICÁCIA LIMITADA. INOCORRÊNCIA. "ATIVIDADE JURÍDICA". CONSTITUCIONALIDADE. ADI 3460-0. ENUNCIADO N. 266 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICABILIDADE AO CASO EM TELA.

**I - O art. 93, I, da CR/88, com a redação dada pela EC n. 45/2004, não possui eficácia limitada, vez que esse dispositivo já determina o requisito a ser exigido para ingresso na Magistratura e, pois, não depende de lei para que o seu comando seja aplicado.**

**II - A decisão do c. STF que julgou improcedente a ADI n. 3460-0 acabou por reconhecer a aplicabilidade imediata do disposto no art. 93, I, da CR/88, tendo em vista que não vislumbrou vício na regulamentação de concurso implementada por resolução do e. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a qual contém teor semelhante ao do edital para o concurso de magistrado do Estado do Mato Grosso.**

**III - A abrangência da expressão "atividade jurídica" adotada pelo Edital do concurso identifica-se com a reconhecida pela resolução do e. Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Território, cuja legalidade acabou por ser reconhecida com a decisão que julgou improcedente a ADI n. 3460-0.**

<sup>92</sup> MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos* - São Paulo: Atlas, 2008.p. 133.

IV - A comprovação da exigência de três anos de atividade jurídica, quando da inscrição definitiva para o concurso, foi considerada legal pelo c. STF (ADI n. 3460-0), ao apreciar regulamentação análoga a que ora se analisa.

V - **Não é aplicável o Enunciado n. 266 da Súmula do c. STJ em concursos públicos relativos às carreiras da Magistratura (art. 93, I, CR) e do Ministério Público (art. 129, §3º, CR), haja vista a interpretação conferida pelo Pretório Excelso (ADI n. 3460-0) ao disposto no art. 129, §3º, da CR, o qual se identifica com o teor do art. 93, I, da Constituição. Essa conclusão, contudo, não implica revisão do Enunciado n. 266/STJ em relação a outras carreiras, para as quais se deve analisar a legislação infraconstitucional pertinente.**

Recurso ordinário desprovido.<sup>93</sup>

(grifos nossos)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO. ESTADO DA BAHIA. ATIVIDADE JURÍDICA. CONCEITO.

I - Para os concursos da magistratura anteriores à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, esta e. Corte já tinha pacificado o entendimento de que o conceito de atividade jurídica deveria ser "interpretado de forma ampla, não se restringindo apenas ao exercício de cargo no Ministério Público, magistratura ou em cargo privativo de bacharel em Direito, bem como ao exercício da advocacia, compreendendo também atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica."

II - Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 é que o cômputo do período de prática jurídica passou a ser considerado a partir do bacharelado. Precedente: RMS nº 21.426-MT.

III - Na espécie, o concurso foi realizado em 2004, anteriormente à reforma constitucional, tendo o recorrente comprovado o exercício de atividade jurídica, em estágio acadêmico e como ocupante de cargo público privativo de bacharel em direito, cumprindo, assim, o prazo mínimo de 02 (dois) anos previsto na Lei nº 3.731/79.

Recurso ordinário provido.<sup>94</sup>

Ainda, o Egrégio STF, no MS (Mandado de Segurança) nº. 26682/DF<sup>95</sup> firmou-se no sentido de que o tempo de atividade jurídica se conta da data da conclusão do curso de Direito, não da colação de grau, e a locução 'atividade jurídica' é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito.

Quanto às demais carreiras jurídicas, deve ser analisada a legislação infraconstitucional pertinente, pois, em alguns casos ainda, o conceito de prática forense é mais amplo, valendo atividades anteriores à obtenção do diploma. Vejamos:

<sup>93</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21426/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/02/2007, DJ 26/03/2007 p. 192

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 22.892/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 218.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26682/DF. Relator(a): CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-01 PP-00134.



MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA AUTORIDADE TIDA POR COATORA. PRÁTICA FORENSE. CONCEITUAÇÃO QUE NÃO DEVE SER RESTRITIVA. PRECEDENTES.

Na hipótese dos autos, legítimo se afigura o Advogado-Geral da União como autoridade coatora. Nos termos do firme posicionamento jurisprudencial desta Corte, é legítima a exigência de prática forense, não devendo a mesma ser restritiva mas, nos termos de dispositivo da LC nº 73/93, deve abranger "...quaisquer atividades que impliquem o manuseio permanente de processos e de legislação no meio forense, seja como servidor de Tribunal ou Varas, ou mesmo nos estágios acadêmicos..." (RESP 545286/AL, DJ 21.06.2004, Rel. Min. Felix Fischer).  
 Liminar ratificada; ordem concedida.<sup>96</sup>

#### 4.3.5 Da garantia do recurso administrativo

De maneira desarrazoada, alguns editais não contemplam a interposição de recursos administrativos, em flagrante inconstitucionalidade, posto que a não previsão de meio revisional contra as deliberações da comissão organizadora configura uma afronta direta ao direito subjetivo do candidato, com fulcro nas disposições constitucionais insertas no art. 5º, LV e XXXIV, a, que asseguram o direito à ampla defesa e o direito de petição, daí se dizer que os recursos administrativos têm duplo fundamento constitucional.

Trata-se, verdadeiramente, de um corolário do próprio Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrado ou servidor por qualquer ato da Administração, por isso não pode o ente público negar ou obstruir esse direito. Além de que, pelo direito de petição, é imposto o dever inescusável à autoridade de pronunciar-se sobre o requerimento do administrado, devendo acolhê-lo ou rejeitá-lo com a devida motivação fundamentada<sup>97</sup>.

Aliás, diga-se, por oportuno, que a concessão de revisão de provas, em concurso público, tem o fito de preservar a probidade administrativa<sup>98</sup>. É necessário também que se assegurem os meios adequados para o exercício desse direito, como dar acesso ao candidato de sua prova, caso contrário, o Poder Judiciário pode ser acionado, como nos julgados abaixo:

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 10.122/DF, Rel. Ministro. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2005, DJ 14/09/2005 p. 190.

<sup>97</sup> Destarte, não obstante possa o edital veicular procedimento diverso, pelo menos quanto aos concursos federais, pode ser adotada a Lei nº 9.784/99, art. 59, §§ 1º e 2º, que disciplina o prazo para recursos no processo administrativo disciplinar.

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 2.402/RJ, Rel. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/1997, DJ 30/06/1997 p. 31042.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO

- Inaceitável a realização de qualquer fase de concurso público, inclusive o exame psicotécnico, segundo critérios subjetivos do avaliador, face à possibilidade de ocorrer procedimento seletivo discriminatório. Os critérios de aprovação, em caso de concurso público, devem ser definidos de maneira objetiva, para que não fiquem os candidatos à mercê do examinador.

- **Inadmissível a irrecorribilidade do resultado e o sigilo quanto ao procedimento da avaliação. A candidato julgado inapto em processo seletivo público não se pode negar vista da prova, nem direito a recurso, sob pena de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.**

- Estando o Exame Psicotécnico, no caso, revestido de caráter eliminatório, subjetivo e irrecorrível, há que se acolher o pleito do autor, nos termos da sentença apelada.

Por unanimidade, negado provimento ao recurso.<sup>99</sup>

(grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREO NACIONAL. DIREITO DE VISTA DA PROVA E DE INTERPOSIÇÃO DE EVENTUAL RECURSO ADMINISTRATIVO.

I - O direito de vista de prova, para fins de eventual recurso, na esfera administrativa, encontra respaldo na garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, incisos XXXIV, "b" e LV.

II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.<sup>100</sup>

O juiz federal William Douglas<sup>101</sup> lembra que atualmente, nossa experiência com recursos administrativos tem sido negativa. Lamentavelmente, a Administração Pública brasileira não assimilou seu dever de corrigir as falhas que naturalmente ocorre em tudo o que é obra humana. Por falta dessa sensibilidade, as respostas da Administração têm sido insuficientes, nebulosas e pouco convincentes.

Dessa forma, a própria Administração incentiva a busca da última via restante e possível para a defesa do direito do candidato: a via judicial. Daí, decorrem ônus e prejuízos que poderiam ser evitados e que acabam sendo suportados por toda a coletividade.

#### 4.3.6 Dos direitos dos portadores de deficiência

<sup>99</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal - 2ª Região. Processo: 1995.51.01.014548-5. Rel. Des. Fed. FERNANDO MARQUES, 6ª Turma, Publicação: DJ de 28/06/2005, p. 168.

<sup>100</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1ª Região, REO no MS 1997.01. 00.020609-1/DF, 6ª Turma, Rel. Juiz Souza Prudente, DJ 31.03.2003.

<sup>101</sup> DOUGLAS, William. *Como passar em provas e concursos*, Rio de Janeiro, Impetus, 1998. p. 416.

Conforme previsão do inciso VIII, do artigo 37 da Constituição da República, deve ser assegurada reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência sobre o total de cargos e empregos públicos de cada carreira. Observe-se que essa reserva não incide apenas sobre as vagas oferecidas em concurso.

Na Administração Pública Indireta, o percentual de empregos públicos a ser reservado é aquele definido no artigo 93, da Lei 8.213/91 e, no artigo 36, do Decreto 3.298/99, em função do que determina o artigo 173, §1º, da Constituição da República e o artigo 2º, III, alínea "d", da Lei 7.853/89. No entanto, o percentual de 2 a 5% de vagas reservadas deve ser distribuído em todas as carreiras, cujos empregos serão preenchidos mediante concurso público.

Para o cumprimento do inciso VIII, do artigo 37, da Constituição da República e, do artigo 2º, III, alínea "d", da Lei 7.853/89, que determina à Administração Pública a adoção de lei específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, na hipótese de ainda não haver tal norma específica, estadual ou municipal, a Administração Pública Direta, deve reservar em seus concursos o mínimo de 5% das vagas para as pessoas portadoras de deficiência, conforme consta do artigo 37, § 1º, do Decreto 3.298/99.

As legislações federal, estadual e municipal reguladoras do inciso VIII, do artigo 37, da Constituição Federal, ao estabelecer a reserva de seus cargos e empregos públicos, devem fixar, como meta, percentual mínimo destinado às pessoas portadoras de deficiência, sendo recomendável que esse percentual mínimo seja de 10%. Referida meta é importante para que, ao ser atingida, possa a Administração Pública Direta ficar dispensada de observar a reserva em seus concursos, pois como toda medida afirmativa, deve ser temporária.

O percentual a ser fixado como reserva de vagas em cada concurso é um instrumento para se atingir essa meta e, em cada edital deve ser no mínimo de 5% e, no máximo, de 20%. Importante lembrar que, caso a aplicação de referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

No caso de concursos para cargos estruturados por especialidades, a distribuição das vagas reservadas será feita proporcionalmente ao número de vagas em cada especialidade.

Quanto aos critérios para admissão, considerando que o artigo 42, do Decreto 3.298/99, determina que o resultado final do concurso será publicado em duas listas, uma

geral contendo a classificação de todos os candidatos, e outra especial contendo apenas a classificação dos candidatos portadores de deficiência, conclui-se que, em caso de concursos compostos por mais de uma fase, as duas listas devem ser observadas em cada uma das fases, podendo haver notas de corte diferenciadas para cada lista, mas respeitando-se sempre a nota mínima fixada no concurso.

No momento da nomeação ou contratação, devem ser chamados alternada e proporcionalmente os candidatos das duas listas, prosseguindo-se até a caducidade do concurso. A convocação de forma alternada deve iniciar-se com os candidatos da lista geral, passando-se ao primeiro da lista especial já no primeiro bloco de convocados<sup>102</sup>, seja qual for o número de chamados, aplicando-se sempre a regra do artigo 37, § 2º, do Decreto 3.298/99.

Para melhor entendermos essa questão, como exemplo, podemos citar, hipoteticamente, que havendo concurso destinado para convocação de 30 pessoas, com reserva de 5%, portanto, com duas vagas reservadas. Se todos os candidatos forem chamados de uma vez, os candidatos da lista especial serão o 15º e 30º convocados. Mas se a convocação inicial for apenas para 04 pessoas, por exemplo, convocam-se os três primeiros da lista geral, e o quarto será o primeiro da lista especial, caso ele já não figure entre os três primeiros. Se isso ocorrer, ele não deve ser computado para fins da reserva, convocando-se então em quarto lugar, o segundo candidato da lista especial.

Caso o concurso, numa primeira convocação seja destinado a apenas uma vaga, esta deve ser preenchida pelo candidato que consta em primeiro lugar na lista geral, mas a próxima convocação deverá necessariamente ser destinada ao candidato da lista especial. Já se o candidato portador de deficiência obtenha classificação que permita que seja chamado na primeira convocação, mesmo sem a reserva, não deve ser computado para a reserva a ser cumprida naquele concurso, passando-se ao próximo candidato aprovado da lista especial.

Além disso, deve ser assegurada a compatibilidade entre as atribuições do cargo ou emprego público e as deficiências do candidato, conforme critérios fixados por uma equipe multiprofissional, que deve ser criada em níveis federal, estadual e municipal.

Nesse sentido, precisa o candidato ser cientificado, antes da realização do concurso, das condições especiais que lhe serão oferecidas, podendo o edital exigir a

---

<sup>102</sup> Cf. AC 248783; TRF-4ª Região, 3ª Turma; DJ 18/10/2000.

apresentação, no prazo estipulado, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID.

Ademais, também é preciso haver prazo para que o candidato portador de deficiência possa requerer condições diferenciadas e/ou a dilatação de horário para participação das provas. Além de que é recomendável que ele informe sobre a utilização de órtese, prótese ou aparelho que possa ensejar a necessidade de verificação do sistema de segurança do concurso.

A Administração também deve providenciar as adaptações e instrumentos necessários (letores, recursos de informática, adaptação arquitetônica, noções de Língua de Sinais, gravação que permita recuperar com segurança, para efeito de recurso, as informações que serão passadas ao candidato e suas respostas às questões, entre outros) para que o candidato portador de deficiência possa fazer a sua prova numa condição equiparável aos demais concorrentes. Sem contar que o local de realização de provas deverá oferecer condições de acessibilidade aos candidatos portadores de deficiência, segundo as peculiaridades dos inscritos, de acordo com a manifestação da equipe multiprofissional.

As exigências quanto aos atributos para a função devem ser objeto do conteúdo das provas e não podem representar pré-condição para a inscrição no concurso. Assim, todas as provas devem ter conteúdo que priorize as funções que efetivamente serão desempenhadas. Por esta razão, em concursos que exijam testes físicos, estes devem ser realizados com as adaptações possíveis que não descaracterizem o conteúdo das provas, permitindo-se a qualquer pessoa o direito de inscrever-se e participar do exame de seleção.

Logo, não há ilegalidade ou tratamento discriminatório na aplicação de teste de aptidão física a candidato portador de deficiência física, uma vez que algumas deficiências podem ser compatíveis com os requisitos exigidos para o cargo e outras não.

Por fim, cumpre acrescentar que o concurso público só poderá ser homologado após a solução de quaisquer incidentes relativos aos candidatos portadores de deficiência, o que, em muitos casos, leva até mesmo à anulação total do certame, se desobedecidas qualquer destas regulamentações.

#### 4.3.7 Da exigência de critérios discriminatórios

Considerando que a igualdade que a Constituição Federal proclama não impede que a lei dê tratamento desigual aos seus destinatários, na seara dos concursos públicos, os fatores de discriminação previstos nos editais só se legitimam se compatibilizados com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego oferecidos.

A aplicação do princípio constitucional versado destina-se a impossibilitar discriminações de caráter gratuito, que não se coadunem com a finalidade pública a ser atingida, conforme se infere da conjugação das disposições dos arts. 3º, IV, 7º, XXX e 39, § 3º, sugerindo certos limites quanto aos critérios de seleção e de admissão de pessoal.

Contudo, não raro é possível encontrar situações, muitas vezes bizarras, em que os editais acabam por inovar, fixando exigências muito além das que já constam na lei inerente ao cargo ou emprego público disputado no concurso.

Sendo assim, é passível o controle jurisdicional dessas disposições editalícias, posto que o edital só pode limitar o acesso ao cargo ou emprego público se houver expressa previsão legal, em total coerência com princípios constitucionais, sobretudo a legalidade, isonomia, razoabilidade e dignidade da pessoa humana, sob pena de nulidade, conforme passamos a analisar.

##### 4.3.7.1 Idade limite

O tempo por si só não pode ser utilizado como fator de discriminação, a menos que a natureza do cargo ou emprego assim se justifique. Afinal, o tempo é elemento neutro, que jamais pode ser tomado como fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia.

Com efeito, as exigências de idade mínima ou máxima do candidato não traduzem a eficiência do mesmo. Dessa maneira, revela-se, inconstitucional a limitação de idade para

cargos que demandem apenas atividade intelectual e não força física. Isso porque o esplendor da atividade intelectual atinge-se quando ela é aliada à experiência de vida, o que, convenhamos, independe de idade.

Inquestionavelmente, a publicação do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) também contribuiu para um melhor encaminhamento da questão, ao preconizar, em seu art. 27, a vedação quanto à discriminação por idade em concursos públicos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo exigir.

Assim, como regra, a idade não pode ser erigida em fator obstativo da acessibilidade, excetuados, evidentemente, o limite mínimo para o trabalho adulto e o máximo, que coincide com o estabelecido para a aposentadoria compulsória.

A respeito do tema, a jurisprudência pacífica do Egrégio STF, traduz-se nos seguintes termos: “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”<sup>103</sup>.

Ainda que exista lei anterior disciplinando a carreira, é curial que se verifique em qual medida as exigências nela contidas revelam-se compatibilizadas com os princípios constitucionais pertinentes. Tal posição se encontra fixada no seguinte pronunciamento do STJ: "A lei não pode criar limitações que a Constituição expressamente proscreveu, entre as quais, discriminações no critério de admissão por motivo de idade (RDA 184/141)".

Corroborando essa posição, o mesmo STJ também proclamou:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – REQUISITOS – LIMITAÇÃO – IDADE MÍNIMA – IMPOSSIBILIDADE.

1 – Uniforme e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça sobre não se poder limitar o acesso a cargos públicos impondo-se limite de idade. Aplicação, pela Administração, do princípio da razoabilidade dos atos públicos, levando-se em consideração a natureza do cargo pretendido.

2 – A exigência de idade mínima em concurso público deve ser aferida no momento da posse, por ser tal requisito relativo à atuação da função, e não na ocasião da inscrição para o provimento do cargo.

3 – Precedentes do STF (RE n. 156.404/BA) e STJ (RMS n. 1.511/CE e n. 14.156/PE).

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 683 – DJU de 9.10.2003.

4 – Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a ordem e determinar que seja feita a inscrição definitiva do impetrante no referido certame público. Custas ex lege. Sem honorários advocatícios, a teor das Súmulas n. 105/STJ e n. 512/STF.<sup>104</sup>

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. IDADE LIMITE FIXADO PELO EDITAL DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

(...)

**2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Lei 7.289/84 em nenhum momento dispôs acerca da idade-limite para o ingresso nas fileiras da Polícia Militar do Distrito Federal, razão porque não seria possível essa fixação pelo edital que rege o respectivo concurso público. Precedentes.**

3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

4. Recurso especial conhecido e improvido.<sup>105</sup>

(grifo nosso)

Também não é diferente a posição dos demais tribunais pátrios, os quais, em suas decisões recentes, vêm considerando como desarrazoadas as exigências dos editais que não se coadunam com a natureza do cargo a ser preenchido por concurso público. Vejamos:

CONCURSO PÚBLICO. FIXAÇÃO DE IDADE LIMITE. POLICIAL MILITAR ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FIXAÇÃO DE IDADE LIMITE PARA INSCRIÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE POLICIAL MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. POSSIBILIDADE QUE ENCONTRA AMPARO NO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ADEQUAÇÃO. ART. 5º, INCISO LIV, CF/88. DELIMITAÇÃO QUE SOMENTE PODE SER PROMOVIDA POR LEI. ARTIGOS 42, § 1º, E 142, § 3º, CF/88. ILEGITIMIDADE DE RESTRIÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO (EDITAL), SEM A NECESSÁRIA E EXPRESSA PREVISÃO LEGAL, COMO SE VERIFICA DA LEITURA DA LEI 7289/84. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 37, CAPUT, CF/88. 1 - Não fere, em princípio, o Texto Constitucional o estabelecimento de limites de idade, máximo ou mínimo, para ingresso em cargo ou funções pública, desde que a delimitação se mostre compatível com o princípio constitucional do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV, CF/88).

2 - Afronta o princípio da legalidade e do devido processo legal substantivo a fixação apenas no Edital de Concurso Público - sem que haja expressa e inequívoca previsão em lei - de critério restritivo da ampla e igual acessibilidade aos cargos públicos (artigo 5º, caput, e artigo 37, inciso II, CF/88), impondo-se limites de idade mínima ou máxima para ingresso nas carreiras militares do Distrito Federal, matéria

<sup>104</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS n. 13.902/PE; ROMS n. 2001/0145351-4, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 17.12.2002

<sup>105</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 702.032/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 11/06/2007 p. 350.



que se insere no âmbito da reserva de conformação exclusiva do legislador, consoante o disposto nos artigos 142, § 3º, e 42, § 1º, da Constituição Federal.<sup>106</sup>

#### 4.3.7.2 Altura mínima

Também quanto ao requisito de altura mínima é necessária a observância da natureza e da complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Porém, ante a carência de norma legal que estabeleça critérios específicos para a investidura no cargo, não poderá ser considerada óbice para que a Administração, fincada no princípio da razoabilidade, estabeleça estatura mínima, desde que tal condição se mostre consentânea com o desempenho da função, não sendo mera função burocrática.

Tais casos são muito comuns nos editais que regem o ingresso nas carreiras policiais e militares, sobretudo, porque, nestas profissões, os candidatos devem estar aptos a observar os requisitos que irão resultar no fiel cumprimento da missão conferida pela ordem constitucional de 1988, notadamente no sentido de exercer a atividade de polícia ostensiva e, bem assim, de preservar a ordem pública.

Ademais, caso a exigência seja complementemente desarrazoada, não guardando qualquer relação com a função a ser exercida, nem havendo expressa previsão legal na norma disciplinadora da carreira, é possível seu questionamento perante os órgãos do Judiciário, conforme pode ser observado nos seguintes julgados:

CONCURSO PÚBLICO - ALTURA MÍNIMA - INEXISTÊNCIA DE LEI. Longe fica de vulnerar a Constituição Federal pronunciamento no sentido da inexigibilidade de altura mínima para habilitação em concurso público quando esta for prevista estritamente no edital, e não em lei em sentido formal e material. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. RMO 2002 01 1 049933-8. Rel. Des. Cruz Macedo (vencido). Publicação: DJ de 3.9.2003.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 598715 AgR / DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 01/04/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 09-05-2008 EMENT VOL-02318-08 PP-01565.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA PREVENTIVA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. ALTURA MÍNIMA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA SEM AMPARO LEGAL. OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA.

1. Tratando-se de mandado de segurança preventivo, é de ser afastada a alegação de decadência, com fulcro no art. 18 da Lei n.º 1.533/51. Precedente.

2. A vedação à existência de critérios discriminatórios de idade, sexo e altura, em sede concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa, todavia, é imprescindível que mencionado critério esteja expressamente previsto na lei regulamentadora da carreira. Precedentes do STF e STJ.

3. In casu, inexistente previsão legal de altura mínima, para ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, uma vez que não basta, para viabilizar a adoção do critério discriminatório, a exigência genérica de "capacidade física", prevista na Lei Estadual n.º 6.218/83.

4. Recurso ordinário conhecido e provido.<sup>108</sup>

#### 4.3.7.3 Discriminação pelo sexo

O critério do sexo também só poderá ser utilizado quando for justificável diante das atribuições do cargo, a natureza especial das funções e o interesse público. Caso contrário, é possível também o controle pela via judicial.

Antigamente, era muito comum dar acesso reservado aos indivíduos do sexo masculino para os cargos de delegado e escrivão de polícia, bem como para os postos nas carreiras militares, salvo nos casos das corporações femininas.

Hoje, tal discriminação só é admitida, em alguns casos, quando se revele razoável, como bem lembrou Agapito Machado<sup>109</sup> tomando, por exemplo, um concurso para provimento do cargo de carcereiro ou de agente penitenciário de um presídio feminino, que exija como requisito para o cargo ser mulher, pois seria justificável, tendo em conta a necessidade de revista íntima nas presidiárias por parte de tais agentes públicos.

Quanto à posição da jurisprudência sobre o tema, vejamos o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - BOMBEIRO MILITAR - EDITAL - LIMITAÇÃO AO SEXO MASCULINO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - APLICAÇÃO - NATUREZA DA FUNÇÃO

<sup>108</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.637/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006 p. 311.

<sup>109</sup> MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos* -- São Paulo: Atlas, 2008. p. 127.

A SER EXERCIDA - LEI COMPLEMENTAR 172/1998 E PRINCÍPIO DA ISONOMIA - OFENSA - INEXISTÊNCIA - PROVA PRÉ CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

I- Não ofende qualquer direito líquido e certo a disposição prevista no Edital de abertura de Concurso Público para ingresso no cargo de Bombeiro Militar do Estado de Santa Catarina, limitando a inscrição a candidatos do sexo masculino.

II - A Lei Complementar Estadual estabeleceu percentual máximo de ingresso para o sexo feminino no cargo de Bombeiro Militar, a ser definido em edital de concurso público, "em razão da necessidade, peculiaridades e especialidade da atividade policial-militar..." III - A norma constitucional que veda discriminações para ingresso em cargos públicos não é absoluta, a ser examinada à luz do princípio da razoabilidade.

IV – Mandado de segurança exige prova pré-constituída como condição essencial à verificação de pretensa ilegalidade, não servindo como remédio hábil para apreciar suposto ausência de razoabilidade na limitação editalícia não demonstrado de plano. Desta forma, inaceitável a adoção de tese cujo arcabouço probatório não foi previamente produzido.

V - Recurso conhecido, mas desprovido.<sup>110</sup>

#### 4.3.7.4 Discriminação social

A discriminação social, tipo de afronta direta à dignidade da pessoa humana, traduz-se de várias maneiras, mormente nas situações em que a Banca Examinadora extrapola a discricionariedade que lhe é conferida para elaboração do edital e termina por estipular exigências que não se coadunam de maneira nenhuma com as atribuições do cargo ou emprego a ser preenchido, nem tampouco estão previstas na lei disciplinadora da carreira, servindo apenas para violentar o princípio constitucional da igualdade. Outrossim, é exatamente esta conduta que o Estado Democrático deve combater com toda sede.

Nesse sentido, não raro, a fase de investigação social ou sindicância de vida pregressa traz muitas repercussões e discussões judiciais, sobretudo quando viabilize a cooptação arbitrária, acima do direito subjetivo de acesso à função pública, situando-se em total incompatibilidade com o regime democrático adotado pelo sistema do concurso público.

A exigência de certidão negativa de antecedentes criminais pode, em certos casos, ser considerada abusiva. Isto porque a tendência é considerar o direito penal como a *ultima ratio*, como meio ressocializador do indivíduo, apesar das mazelas do sistema penitenciário brasileiro. Assim, é certo que, ao impedir que o ex-presidiário possa ingressar na carreira

---

<sup>110</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.464/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 06/03/2006 p. 417.

pública, o próprio Estado está a incentivar a sua marginalização. Não é cabível que a pessoa seja carente de moralidade e idoneidade, para servir à Administração Pública, simplesmente porque tenha cometido, no passado, certo crime. Pensar assim só gera mais repressão social.

Situação pior é quando o indivíduo nem mesmo chegou a ser condenado e só por estar respondendo a processo criminal ou mesmo sendo investigado, ainda na fase de inquérito, ver tolhido seu direito de acesso aos cargos e empregos públicos por mera disposição editalícia, eivada de vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, por se tratar de restrição abusiva e violadora do próprio princípio da presunção de inocência.

A jurisprudência abaixo colacionada demonstra a possibilidade de questionamento desse tipo de prática, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATO, RÉU EM AÇÃO PENAL, POR INIDONEIDADE MORAL. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CLASSIFICAÇÃO INFERIOR À DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS CANDIDATOS. NÃO-CABIMENTO DE ANULAÇÃO DE SUAS NOMEAÇÕES.

1. Por força do disposto no artigo 5º, LVII, da CR/88, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado.

2. Incorre em flagrante inconstitucionalidade a negativa de nomeação, por inidoneidade moral, de aprovado em concurso público com base na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no pólo passivo de ação penal em curso.

3. Ausência de citação dos nomeados que foram classificados com notas inferiores as do recorrente diante da inexistência de litisconsórcio passivo necessário, pois eventual concessão do mandamus não iria alterar os resultados que obtiveram no certame ou acarretar na nulidade do concurso. Indeferimento do pedido de anulação de suas nomeações, que não incorreu em ofensa ao direito líquido e certo do impetrante de ser nomeado.

4. Recurso ordinário provido em parte. Nomeação do impetrante no cargo de Auxiliar Judiciário PJ-I ou, em caso de sua transformação, no cargo atualmente correspondente.<sup>111</sup>

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM RAZÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO.IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal –, não se admite, na fase de investigação social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude da simples existência de inquérito policial

<sup>111</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 11.396/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2007, DJ 03/12/2007 p. 362.

arquivado por sentença transitada em julgado em 1993. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. Precedentes do STJ.2. Recurso especial conhecido e improvido.<sup>112</sup>

Outra afronta à dignidade da pessoa humana é a consulta aos bancos do SPC e Serasa, para admissão em concursos públicos. Ora, grande parte das vezes o candidato a uma vaga procura exatamente melhores condições de vida. O devedor não pode ser tratado como mal pagador. É verdade que não cumpriu sua responsabilidade, mas, muitas vezes, é a própria situação econômica, para com a qual o Estado é por parcela culpado, que fez com que naquela realidade constrangedora viesse ocupar seu espaço.

Como exemplo contra esse tipo de exigência abusiva, tomemos decisão obtida pelo Ministério Público Federal, por meio de ação civil pública<sup>113</sup>, que determinou a realização de correções no Edital 01/2007-PRF, que regeu o concurso público para 194 cargos de policial rodoviário federal no Pará e para 146 vagas no Mato Grosso.

Na ação, o MPF pediu a declaração de nulidade do edital por ter estabelecido o seguinte requisito para posse no cargo: a) apresentação de certidão cartorária negativa de protesto de título em um período de 5 anos.

Para o MPF, a exigência de certidões negativas não está prevista em lei e, por isso, não poderia ser feita. No mais, mesmo que houvesse previsão legal, a exigência seria inconstitucional, visto que discriminatória.

Na liminar foi ressaltado que a Polícia Rodoviária Federal pode exigir as certidões cartorárias, desde que não sejam necessariamente negativas, cabendo à Comissão do Concurso valorar a idoneidade moral dos candidatos a partir do conjunto de dados coletados.

Aliás, de outra banda, o supracitado edital também trouxe como exigência outro requisito discriminatório, qual seja a apresentação, pelas candidatas do sexo feminino, do exame “Beta HCG”, indicativo de possível gravidez. O que também foi atacado pelo MPF.

---

<sup>112</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 780.032/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 640.

<sup>113</sup> A liminar foi proferida pela 2ª Vara Federal em Cuiabá/MT, na ação civil pública nº 2008.36.00.006571-5. De acordo com a decisão, a Polícia Rodoviária Federal teria 30 dias para corrigir todas as determinações do Edital 01/2007-PRF. Ainda ficou estabelecido que, uma vez realizadas as correções, deveriam ser reabertas as inscrições do concurso, por um prazo mínimo de 10 dias. Se houvesse atraso no cumprimento da decisão, incidiria multa diária de R\$ 10.000,00.

Em relação ao teste de gravidez, o MPF destacou que tal exigência foi definida como crime na Lei nº 9.029/95, a qual proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais. Foi ressaltado, porém, que o teste poderia ser exigido, desde que a gravidez não levasse à exclusão do concurso, mas a um tratamento compatível com tal estado momentâneo.

Ressalte-se, por oportuno, que, com relação às eventuais exigências de exames médicos nos editais de concursos públicos, o teste de HIV, muitas vezes, aparece revestido de caráter eliminatório, caso seja positivo. Tal disposição também afronta, sobremaneira, a dignidade da pessoa humana, sendo passível de controle pelo Poder Judiciário, conforme podemos observar na ementa trazida à baila:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - CONCURSO PÚBLICO - AGENTE PENITENCIÁRIO - EXAME MÉDICO - CANDIDATO PORTADOR DO VÍRUS HIV - ELIMINAÇÃO - ATO ILEGAL - SEGURANÇA CONCEDIDA - SENTENÇA CONFIRMADA - DESPROVIMENTO À UNANIMIDADE.

I - A Lei Distrital nº 1.898/98 veda a exigência do exame para detecção do vírus HIV aos candidatos a emprego (art. 7º). Tal procedimento discriminatório, ademais, encontra óbice na Portaria Interministerial no 869/92, que proíbe a exigência do teste de HIV nos exames pré-admissionais e nos periódicos de saúde.

II - O ingresso na carreira policial civil do Distrito Federal é regulado pela Lei Federal nº 9.264, de 7 de fevereiro de 1996, cujo art. 5º estabelece: "Art. 5º o ingresso nos cargos das Carreiras de que trata esta Lei far-se-á mediante concurso público, exigido o 3º grau de escolaridade, sempre na segunda classe, observados os requisitos previstos na legislação pertinente".

III - Na hipótese em que se verifica que o ato administrativo consubstanciado na desclassificação de candidato portador do vírus HIV do concurso público se apartou da legalidade, a medida que se impõe-se é a concessão da segurança.

IV - Recurso conhecido e desprovido à unanimidade. Sentença mantida, também em razão do reexame necessário.<sup>114</sup>

Além da AIDS, não raro, aparecem editais trazendo uma lista de inúmeras outras doenças consideradas incapacitantes para o cargo, até alterações estéticas que eliminam o candidato. Como exemplo, pode-se citar casos de eliminação por ser o candidato portador do vírus da hepatite. Também acontecem restrições do tipo: não ser albino, ter diabetes, hipertensão, disfunção renal ou de tireóide, doenças sexualmente transmissíveis ou que já tenha feito qualquer cirurgia cardíaca. Também pode ser reprovado o candidato que tiver lábio leporino, estrabismo, miopia acima de quatro graus, alteração na orelha, acne em alto grau, falta de dentes, etc. Há casos até de proibição de cabelos compridos ou barba por fazer.

<sup>114</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. 20010110246868APC, Relator WELLINGTON MEDEIROS, 3ª Turma Cível, julgado em 02/09/2002, DJ 30/10/2002 p. 53.

Em todo caso, as exigências deverão obedecer a critérios racionais, do ponto de vista do senso normal e comum, na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento do interesse público, obedecendo-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Aliás, por falar em falta de dentes, uma outra exigência que casou muita polêmica foi veiculada no item 3.5 do título X do edital do concurso para admissão ao emprego de Guarda Municipal da Empresa Municipal de Vigilância S.A, da cidade do Rio de Janeiro, de 29 de agosto de 2007, que assim estabeleceu: "*Será considerado inapto o candidato que possuir menos de 20 (vinte) dentes, sendo 10 (dez) em cada arcada.*"

A falta de clareza no texto dá um tom de discriminação ao edital, pois está completamente longe da realidade brasileira. Além do mais, uma pessoa reabilitada com uma prótese é composta esteticamente e funcionalmente para exercer plenamente as suas funções, mostrando-se, por isso, totalmente descabida a exigência abusiva estampada no referido edital, o que, mais uma vez, enseja a intervenção do Judiciário para sanar tal ilegalidade.

Nesse sentido, em recente decisão, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região<sup>115</sup> decidiu, por unanimidade, ser ilegal a exclusão de candidato do concurso de admissão ao curso de formação de soldados do corpo de fuzileiros navais, em razão de defeito na arcada dentária. A decisão se baseou no fato de que o defeito é recuperável com o uso de aparelho ortodôntico. Além de que não houve fundamentação de que o problema afetasse "a honra pessoal ou o decoro exigido aos integrantes das Forças Armadas. Ademais, "questões estéticas não podem ensejar, por si só, a eliminação do candidato".

Já que tocamos no ponto referente às exigências de cunho meramente estético, a tatuagem também, muitas vezes, é um item que chega a causar polêmica quando vedado em alguns editais, sem qualquer razoabilidade na sua proibição. É certo que nem todas as pessoas aceitam facilmente tatuagens visíveis ou com conotação que possa ser ofensiva, principalmente nas Instituições cujos integrantes trabalham fardados, pois necessitam de credibilidade perante o público a que atendem. E é bem óbvio que a aparência confere, ao menos em parte, essa credibilidade. Mas, não se admite qualquer restrição desolada de algum critério razoável, sob pena de possível controle judicial.

---

<sup>115</sup> Apelação Cível n.º 2004.34.00.022695-6/DF. Rel(a). Des(a). Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

Nesse sentido, observemos os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO DA PMMG - ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO - TATUAGEM E MICOSE NOS DEDOS DOS PÉS - ILEGALIDADE DO ATO DEMONSTRADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.

- Se do edital para o concurso consta que a eliminação do candidato se dará em virtude de tatuagens em locais visíveis, ""estando o candidato com qualquer tipo de uniforme"", não se pode avaliar a exclusão de um aspirante ao cargo que possui um desenho tatuado de +- 4cm na parte interna do braço direito.

**- A existência de micose nos dedos dos pés não implica em ausência de sanidade física para ingresso no curso, já que é um mal tratável e curável.**

- Não se discute a legitimidade da PMMG para definir critérios para a escolha dos integrantes de seus quadros. Porém, em se tratando de atos discricionários, tais critérios devem ser definidos em estrita observância aos princípios constitucionais, norteando-se por eles.<sup>116</sup>

(grifamos)

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE SOLDADO DA PM/MG - CANDIDATO COM TATUAGEM EM LOCAL NÃO VISÍVEL - CONGRUÊNCIA COM AS DISPOSIÇÕES DO EDITAL - ORDEM MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. Nos termos do edital do concurso público para provimentos de cargo da Polícia Militar a incapacitação para o exercício do cargo decorre da existência de tatuagem em local visível quando do fardamento do soldado. A tatuagem, per se, não é motivo de inadmissão do candidato, mormente quando ocultada pelo uniforme profissional.<sup>117</sup>

Outro requisito que pode ser considerado discriminatório é a exigência de que o candidato ostente o estado civil de solteiro, sendo, inclusive, uma violação ao próprio princípio protetor da entidade familiar, por restringir o acesso aos cargos e empregos públicos daqueles que já sejam casados. Pior é que, na maioria das vezes, os casados, por terem maior chance de já possuírem filhos, têm mais urgência em alcançar aprovação no concurso, visando dar melhor qualidade de vida para aqueles que dependem do seu sustento.

Sobre o assunto, mais uma vez, destacamos a atuação do Ministério Público que, em ação civil pública<sup>118</sup>, questionou vários itens do edital de inscrição para o Curso de Formação de Sargentos da Aeronáutica, que estabeleceu que o candidato não poderia ter mais de 24 anos, o estado civil deveria ser solteiro e havia uma correlação entre altura, peso e

<sup>116</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais –TJMG. Apelação Cível e Reexame Necessário nº. 1.0024.06.216055-1/001, rel. Des. WANDER MAROTTA, j. 15/04/2008.

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais –TJMG. Apelação Cível e Reexame Necessário nº. 1.0024.06.993969-2/001, rel. Des. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, j. 14/11/2007.

<sup>118</sup> Cf. notícia veiculada no *site* do MPDF. Disponível em: <<http://www.prdf.mpf.gov.br/imprensa/mpf-df-questiona-edital-de-curso-de-formacao-de-sargentos-da-aeronautica>>. Acesso em: 20 mai. 2009.



idade. Para o MPF, tais itens violam os princípios da legalidade e da isonomia, também não encontram amparo legal, tampouco há fundamento lógico para sua inclusão no edital.

Além dos pedidos em caráter liminar, o procurador da República pediu à Justiça Federal que a União fosse condenada a não exigir neste e nos próximos concursos de admissão para Cursos de Formação de Sargentos da Aeronáutica, enquanto não houver lei regulamentando a matéria, os requisitos questionados.

Quanto à exigência da “solteirice”, o juiz da 21ª Vara da Justiça Federal de Brasília considerou que “viola o princípio constitucional da igualdade e espanca qualquer tipo de razoabilidade, restringindo assim, de forma incontestada, o universo daqueles que pretendem ingressar nas valorosas fileiras da armada aeronáutica nacional”. O magistrado deferiu a liminar, requerida pelo MPF, retirando a exigência de "estar na condição de solteiro".

Curiosamente, em sentido contrário, colacionamos o seguinte julgado, admitindo a possibilidade da exigência do estado civil de solteiro, mesmo se tratando de caso análogo:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. ESTADO CIVIL. SOLTEIRO. EXIGÊNCIA. ART.142, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 6.680/80. POSSIBILIDADE. - O art. 142, inciso X, da Constituição Federal, estabelece que a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades. - A norma constitucional acima transcrita recepcionou a Lei nº 6.880/80, art.144, §2º que dispõe: É vedado o casamento às praças especiais, com qualquer idade, enquanto estiverem sujeitas aos regulamentos dos órgãos de formação de oficiais, de graduados e de praças, cujos requisitos para admissão exijam a condição de solteiro, salvo em casos excepcionais, a critério do Ministro da respectiva Força Armada. A exigência determinando estado civil para ingresso no curso de formação de sargentos especialistas da Aeronáutica se mostra perfeitamente admissível e constitucional. Apelação improvida.<sup>119</sup>

Outras vezes, a discriminação se revela por fatores geográficos, quando no edital são estipulados conteúdos de prova relacionados com matérias específicas de certas regiões

---

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. AMS 92204 CE 2004.81.00.000765-2. Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho (Substituto). Julgamento: 01/02/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ - Data: 10/03/2006 - Página: 878 - Nº: 48 - Ano: 2006.

do país, afastando ou pelo menos dificultando a concorrência de candidatos advindos de outras regiões do país, o que se afigura totalmente descabido frente ao princípio da isonomia.

Em arremate, podemos concluir que as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada, são consideradas ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis.

#### **4.4 Fase de realização das provas**

##### 4.4.1 Provas objetivas

As provas objetivas, dentre as provas de conhecimento, são compostas por questões elaboradas a partir de critérios uniformes e impessoais, com proposições de múltipla escolha ou mediante outro parâmetro cientificamente adequado, sujeito a respostas padronizadas. Além disso, deve-se garantir aplicação simultânea e sigilosidade aos exames.

Podem sujeitar-se ao sistema de pesos, desde que previamente expresso no edital, além de que as disciplinas mais afins às áreas de interesse para o exercício do cargo ou emprego, objeto da seleção, deverão ser ponderadas com maior valor em face de outras matérias menos importantes para o seu efetivo desempenho.

Necessário se faz, desde logo, delinear os limites do poder discricionário das Bancas Examinadoras no que tange às provas objetivas dos certames, mormente quando da própria elaboração do edital, quanto ao conteúdo programático das provas, critérios de avaliação e correção e, se for o caso, da estipulação dos pesos das matérias e da nota de corte.

Incide limitação quando da aplicação *in concreto* das provas, pois a Banca Examinadora se vincula ao conteúdo programático previamente veiculado no edital, não podendo dele se desviar, bem como as questões formuladas devem gozar de reconhecido

prestígio científico ou exteriorizar posições técnicas consolidadas na respectiva área do conhecimento objeto de avaliação.

Com efeito, não é permitido que, por mera conveniência e oportunidade, a Banca Examinadora adote posição acadêmica isolada ou polêmica no bojo de uma prova objetiva, a não ser que estabeleça, na própria proposição, que sua resposta está vinculada a determinada corrente específica do pensamento científico sobre o assunto tratado na questão.

Nessa seara, em que pese o entendimento jurisprudencial dominante, no sentido de que o critério de correção de provas, a corrente científica adotada e a atribuição de notas são incumbências específicas da Banca Examinadora, insusceptível de controle judiciário, é preciso ressaltar os casos de evidente ilegalidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>120</sup> tem entendido que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível *primo ictu oculi*, de plano, sem maiores indagações, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público.

Destarte, 03 (três) situações diferentes podem exsurgir:

a) Quando o resultado (gabarito oficial) estiver incorreto, compete ao Judiciário, quando provocado, anular a resposta noticiada pela comissão, determinando que outra seja proferida ou, então, que seja considerada como correta a alternativa assinalada pelo candidato, se verdadeira e comprovada nos autos.

b) Quando a questão não comportar nenhuma resposta correta ou mais de uma resposta correta, tendo o gabarito oficial eleito apenas uma delas, anula-se toda a questão ou, alternativamente, determina-se à comissão que se reconheça como verdadeira também a alternativa assinalada pelo candidato que, injustamente, não foi contemplada pelo gabarito.

c) Quando a matéria ventilada na questão não estiver prevista no conteúdo programático do edital, anula-se toda a questão, após uma análise comparativa entre a essência da questão e o conteúdo programático previsto no edital.

---

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 471360 / DF, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 16/10/2006.

Por fim, reforçando os argumentos supracitados, vejamos o seguinte acórdão:

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 questão de concurso. (...). Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação dos autores parcialmente provida. Apelação da União e remessa oficial improvidas.<sup>121</sup>

#### 4.4.2 Provas discursivas ou dissertativas

As provas desse tipo são, geralmente, dotadas de caráter eliminatório e classificatório, sendo formuladas em forma de proposições abertas e exigem do candidato um conhecimento mais aprofundado acerca do tema proposto, além do consequente desenvolvimento lógico e dissertativo da respectiva resposta.

Essas provas devem mesmo despertar o senso lógico-criativo dos candidatos, por isso a resolução dos exames se faz por meio de questões-problema, comentários, pareceres, enfim, dissertações. Também guardam os critérios da simultaneidade e sigilosidade.

Nesses exames, Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>122</sup> aduzem:

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

Destarte, é cediço, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, por inúmeros precedentes, que em tema de concurso público, deve o Judiciário limitar-se à verificação da

<sup>121</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. AC 106.703 (96.05.27664-0) / PE. 3ª Turma.. Rel. Des. Fed. Conv. Manoel Erhardt. DJU 24.10.2002. p. 888.

<sup>122</sup> MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva 2007. P. 112-113.

legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados pela comissão responsável pela realização do certame. É defeso, pois, manifestar-se sobre o critério de correção de prova e atribuição de notas de competência exclusiva da Banca Examinadora.

Ocorre que, nas provas dissertativas, ao revés, o candidato tem espaço para desenvolver suas idéias de forma fundamentada e crítica, abrindo-se outro leque de possibilidades argumentativas, com maior campo cognitivo e também de discricionariedade técnica do administrador na correção das provas. Por essa razão, é mais difícil a apreciação, pelo Judiciário, do acerto ou desacerto quanto aos critérios na avaliação das respostas e sua pontuação, pois são inerentes à atividade da Administração.

Dessa maneira, adentrar no mérito do ato administrativo de correção da redação, além de ser ato ilegal, é ato que afeta o tratamento isonômico dispensado aos outros candidatos, visto que, se assim fosse, estar-se-ia, indevidamente, adotando critério diferenciado de correção com decorrente atribuição de nota.

Porém, é preciso ressaltar o direito dos candidatos obterem da Banca Examinadora, tempestivamente, as informações que embasaram as respectivas notas e pontuações, para interposição do competente recurso administrativo. Geralmente, é oportunizada a vista da prova do requerente e, se possível, a resposta-padrão (chamado espelho de resposta), utilizada pela comissão do concurso, a fim de se evitar qualquer arbítrio. Nesses casos, é comum os candidatos se valerem de pareceres de especialistas no assunto objeto de questionamento, visando reforçar a fundamentação dos recursos.

Cumprido asseverar que a resposta da Administração deve ser motivada, pois o ato administrativo deve conter motivação mesmo quando discricionário, para evitar arbitrariedade, sob pena de controle judicial, em caráter excepcional, quando se tratam de situações em que o vício se manifesta de forma inofismável, como observamos no caso infra:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE REDAÇÃO - SUBTRAÇÃO DE PONTO - ERRO DE GRAMÁTICA - EXAME DA LEGALIDADE - CRITÉRIO OBJETIVO - VÍCIO EVIDENTE. - Em se tratando de concurso público, é vedado, em princípio, ao Poder Judiciário reapreciar notas de provas atribuídas pela banca examinadora, devendo sua atuação se limitar ao controle da legalidade e cumprimento das regras contidas no edital. - A análise da legalidade e observância das regras do edital, para fins de revisão de nota de redação, limita-se à comparação entre a bibliografia (gramática) indicada no edital e a correção feita pela banca examinadora.- Tendo o autor comprovado, através de parecer da Academia Brasileira de Letras, do Formulário Ortográfico Oficial e de

algumas gramáticas da língua portuguesa, que é correto o emprego de inicial maiúscula em título de redação, e não tendo a Administração comprovado que a bibliografia indicada no edital do concurso não admite esse tipo de construção gramatical, fica demonstrada a ocorrência de ilegalidade na correção da prova, o que possibilita a revisão, pelo Poder Judiciário, da pontuação atribuída ao candidato.- Precedentes do STJ.- Recurso provido.<sup>123</sup>

#### 4.4.3 Provas orais

A prova oral, de caráter eliminatório e classificatório, tem por objetivo avaliar, no candidato, o domínio do conhecimento, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação, o uso correto do vernáculo, a entonação, o estilo, a segurança, a adequação técnica e desenvoltura. Uma variante do exame oral é a chamada prova de tribuna.

A prova oral, geralmente, é restrita aos que obtêm inscrição definitiva que, por sua vez, só é deferida a quem se vê aprovado nas provas objetiva e subjetiva. Outro aspecto a frisar é quanto a arguição dos candidatos, posto que são inquiridos sobre tema ou assunto sorteado no momento do exame, não podendo ser o ato assistido pelos demais concorrentes, embora público, além de que é vedado o exame simultâneo de mais de um candidato.

Observe-se que, ao contrário do que ocorre com as provas objetiva e discursiva, que são cercadas de cuidados, relativamente à identificação dos candidatos, na prova oral, essa preocupação, por motivos mais que óbvios, inexistente de maneira absoluta. Os candidatos são chamados pelo nome e se apresentam, pessoalmente, com identidade conhecida.

É relevante ressaltar que as sabinas têm tempo delimitado quer em relação aos examinadores, individualmente, quer em relação ao grupo de membros da banca. Assim, separadamente, cada examinador dispõe de certo tempo para sua participação. No total, o tempo varia de trinta a cinquenta minutos, durante o qual o candidato se submete ao interrogatório dos participantes da mesa inquiridora.

---

<sup>123</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.385123-0/001. 7ª CÂMARA CÍVEL. Rel. Des(a). HELOISA COMBAT. Data do Julgamento: 12/02/2008. Data da Publicação: 04/03/2008.

Por outro lado, mesmo que ocorram cautelas editalícias, no tocante à sua aplicação, no que diz respeito à formulação das questões postas à consideração do candidato, há sempre uma larga margem de discricionariedade do avaliador na apresentação das questões ou dos temas dados para dissertação oral, visto que o julgamento é inteiramente subjetivo, a critério exclusivo dos examinadores. Note-se que, na maioria dos casos, o ponto não é o mesmo para todos os pleiteantes e, sim, sorteado para cada candidato.

Ante o exposto, as provas orais podem propiciar campo fértil para discussões, pois não se pautando o julgador pela imparcialidade ou impessoalidade, impossível mesmo pelas próprias condições do exame, abre-se o caminho para o favorecimento indecoroso de candidatos. Da mesma forma, o caminho está livre, também, para o inverso, ou seja, um comportamento, por parte do examinador, claramente desfavorável a um candidato, por meio de perseguições ou preconceitos.

Por tais razões, não se admitem exames orais realizados com apenas um examinador, com caráter de entrevista, pois estariam livres de qualquer controle interno ou externo, fato este totalmente injustificado, por dever de obediência à publicidade e à impessoalidade. Existem, inclusive, projetos de lei, em trâmite no Congresso Nacional, propondo a abolição das provas orais em concursos públicos, ante a falta de impessoalidade na avaliação.

É preciso, novamente, salientar o direito de defesa do candidato, sendo necessária, nesses tipos de exames, a gravação, filmagem ou qualquer outro meio que possibilite posterior reprodução da sessão pública da prova oral.

Em sentido contrário, de maneira questionável, a nosso ver, por afronta a ampla defesa, recente Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, aduz que será possível ingressar com recursos em todas as etapas do concurso, com exceção da prova oral, conforme redação expressa de seu art. 70, § 1º (“É irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral”).

#### 4.4.4 Prova de avaliação psicológica ou exame psicotécnico

Sem sombra de dúvida, a higidez psicológica é um requisito indispensável à investidura nos cargos públicos. Tem relevância, na espécie, a capacidade mental do candidato, que é o conjunto de elementos de natureza psíquica, sobre o qual recairá a avaliação, a fim de se constatar se o candidato está ou não apto ao desempenho de suas atividades, observadas as exigências de cada cargo.

A mais relevante característica do exame psicotécnico, segundo o entendimento de estudiosos e de Tribunais, reside na necessidade de ter o exame a objetividade suficiente para permitir o controle de sua legalidade, sem aquele subjetivismo que, sob a máscara da discricionariedade administrativa, possa perpetrar favorecimentos e perseguições aos candidatos, caracterizando notório desvio de finalidade, vez que é sempre o interesse público que tem de nortear o comportamento da Administração.

Além disso, tais exames não de ser revisíveis, reconhecendo-se ao candidato, nesta fase de reapreciação, o direito de indicar peritos idôneos para o acompanhamento e interpretação dos testes aplicados.

Cuidando especificamente desse aspecto, o Egrégio STF, em memorável acórdão da lavra do eminente Ministro Francisco Rezek, decidiu:

Concurso Público. Polícia Federal. Exame Psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato, afinal desautorizada pelo Judiciário, por ilegalidade, em mandado de segurança. Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço público, não pode a administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites.<sup>124</sup>

Destarte, também para o STF<sup>125</sup>, conforme o verbete da Súmula nº. 686, o exame psicotécnico só pode ser exigido em Concurso Público se houver previsão legal para tanto.

---

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. R.E. nº 112.676, 2ª. Turma, em 17.11.87, in RTJ 124/770.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SÚMULA nº. 686: SÓ POR LEI SE PODE SUJEITAR A EXAME PSICOTÉCNICO A HABILITAÇÃO DE CANDIDATO A CARGO PÚBLICO.



A jurisprudência do STJ<sup>126</sup> não é diferente, ao vedar também a realização de exame sigiloso, sem a possibilidade de interposição de recursos. Extrai-se, daí, a finalidade do psicotécnico, qual seja, visa a avaliação psíquica-intelectual do candidato, a fim de aferir sua compatibilidade com o cargo a que pleiteia. Ressalva-se, contudo, a necessidade de previsão legal e adoção de critérios objetivos, evitando-se qualquer preterição de ordem subjetiva do examinador, caracterizadora de eventual ato discriminatório ou segregatório.

Temos, pois, que as denominadas entrevistas feitas, em sala fechada, entre um entrevistador e o candidato, não podem ser consideradas legítimas, pois o que sempre se nota é a presença de elementos emocionais impróprios para a avaliação, como empatia entre entrevistador e entrevistado; atração física, mal-estar do entrevistador, ou do entrevistado; etc. Devem elas servir apenas para a verificação do perfil do candidato, mas nunca para medir-lhe a aptidão psicológica necessária às funções relativas ao cargo.

Não destoia desse parâmetro a decisão do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão relatado pelo Des. Jerônimo de Souza, no qual se ressalta que:

O exame psicotécnico deve ser mais objetivo possível, consistente na aplicação detestes de reconhecido e comprovado valor científico, devendo-se evitar entrevistas do candidato com o entrevistador, de caráter eliminatório, dado o alto teor de subjetividade de seu parecer, geralmente não fundamentado e não submetido ao exame crítico de ninguém, o que pode propiciar intolerável arbítrio e abuso de poder. A Psicologia não é ciência exata e nem o psicólogo é infalível. O candidato reprovado tem o direito de saber porque foi tido como não recomendado e tem o direito de recorrer. Sentença confirmada.<sup>127</sup>

Por todo o exposto, nota-se a correta sinalização de que é legítimo o exame psicotécnico preso a sua verdadeira natureza, mas, por outro lado, a legitimidade se subordina a certas condições com vistas a impedir a degeneração dos seus objetivos, por isso a publicidade e a revisibilidade do resultado do exame estão diretamente relacionadas com o grau de objetividade que o processo de seleção possa exigir<sup>128</sup>.

Nesse ponto, o precedente abaixo aduz a posição dos tribunais superiores pátrios:

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 11679/PE. Rel. Min. GILSON DIPP. DJ DATA:05/03/2001 PG:00187 RSTJ VOL.:00147 PG:00439.

<sup>127</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Ap. 25.799, 1ª. T. Cív., reg. 16.10.91.

<sup>128</sup> A Resolução Nº 001/2002 do Conselho Federal de Psicologia regulamenta a Avaliação Psicológica em Concurso Público e processos seletivos da mesma natureza.

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL. EXISTÊNCIA. CARÁTER SUBJETIVO E SIGILOSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. É inadmissível a prevalência de sigilo e subjetivismo nos exames de avaliação psicológica, sob pena de o candidato idôneo ficar à mercê do avaliador, com irrogada ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade. Precedente do STJ.

2. Recursos especiais conhecidos e improvidos.<sup>129</sup>

Também não há como aproveitar o exame psicotécnico realizado anteriormente por algum dos candidatos, pois a habilitação em qualquer dos requisitos exigidos não poderá ser aproveitada em processo seletivo distinto. Veja-se, nesse particular, o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. APROVAÇÃO ANTERIOR. REPETIÇÃO. NECESSIDADE. DECRETO-LEI 2.320/87.

O candidato que participa do concurso para o cargo de Delegado da Polícia Federal deve se submeter ao exame psicotécnico, mesmo que já tenha realizado esse teste em concurso anterior para cargo de Papiloscopista. Impossibilidade de se aproveitar tal habilitação em processo seletivo distinto daquele em que foi realizada a avaliação, por força do disposto no art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei 2.320/87. Precedente.

Recurso provido.<sup>130</sup>

Uma outra ilegalidade recorrente nesse tipo de exame é quando o seu objetivo não for detectar algum traço da personalidade do candidato que prejudique o exercício do cargo, mas, ao contrário, verificar se o candidato tem o perfil que a Administração quer. Tal fato alcança o absurdo, pois nessa situação, o querer da Administração depende do querer da lei e, não havendo previsão legal para tanto, deve o Poder Público verificar apenas se o candidato tem algum desequilíbrio que o impeça de exercer a função.

Reforçando tais argumentos, vejamos o seguinte julgado:

CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. LEGALIDADE.

Segundo o enunciado 239 da Súmula do TFR "é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público para ingresso na Academia Nacional de Polícia", em razão de expressa previsão constitucional e legal (Lei nº. 4.878/65 e Decreto-Lei nº. 2.320/87).

Viola, contudo, a Constituição a realização de psicotécnico cujo escopo não é apenas aferir a existência de traço de personalidade que prejudique o regular exercício do

<sup>129</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 925.909/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/08/2008, DJe 29/09/2008.

<sup>130</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 296.034/PR, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 19/3/2001.

cargo, mas a adequação do candidato a "perfil profissiográfico" considerado ideal pela Administração, mas não previsto em lei. Agravo de instrumento a que se dá provimento.<sup>131</sup>

Advertindo para essa necessidade, com base nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>132</sup>, são ilegítimos os exames psicotécnicos que pretendem enquadrar os candidatos num perfil psicológico tido pelos realizadores do concurso como o adequado aos futuros ocupantes do cargo ou do emprego.

Em todo caso, o descumprimento pelo edital de algum dos elementos expostos configura flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade, sanáveis através da via judicial.

#### 4.4.5 Provas de capacidade física

É lícito à Administração Pública estabelecer exigências quanto à capacidade física do candidato, desde que as atribuições do cargo justifiquem a exigência, sendo muito comum na seleção das carreiras policiais, militares e de bombeiros. Contudo, o administrador público há de observar que tais exames devem se pautar nos princípios constitucionais, mormente a razoabilidade e a isonomia. Além de que, nessa fase, a Banca Examinadora deverá ser conduzida por profissional com habilitação plena em Educação Física.

Não raro, o edital de concurso público que disciplina o assunto determina que todo e qualquer candidato que não compareça na data estipulada para os testes físicos será eliminado. Entretanto, existem exceções.

Em caso de lesão física de algum candidato, embora o instrumento convocatório se constitua lei do concurso entre a Administração Pública e os candidatos, os tribunais têm corretamente admitido a alegação de caso fortuito ou força maior. Assim, a cláusula editalícia fica afastada, desde que o candidato demonstre a sua impossibilidade de realizar a prova até o momento da execução desta.

---

<sup>131</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. AG 200701000340107/DF, MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Sexta Turma, DJ de 01/09/2008.

<sup>132</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: de Malheiros, 2006, p. 267.

Ora, nada mais justo, afinal é flagrante a violação do direito constitucional da igualdade quando, no processo seletivo, um candidato em situação excepcional é simplesmente eliminado do concurso por não ter tempo hábil para se recuperar após um tratamento, pois o candidato machucado, lesionado, é diferente e, portanto, deve ser tratado de forma diferente.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria assim se manifesta:

CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. REPROVAÇÃO NA PROVA DE SALTO. ARGÜIÇÃO DE CASO FORTUITO PARA FUNDAMENTAR O INSUFICIENTE APROVEITAMENTO. CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE PARA A REALIZAÇÃO DE UMA TENTATIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. A aplicação de teste de aptidão física para a habilitação ao cargo de Delegado da Polícia Federal é uma exigência legal, encontrando respaldo no Decreto-lei 2.320/87.
  2. O item 2.3 da Instrução Normativa nº 1/93 diz expressamente que "não será concedida segunda chamada. Os casos de alteração psicológica ou fisiológica (estados menstruais, gravidez, contusões, luxações, fraturas, etc.) que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua capacidade física e orgânica não serão aceitos, em nenhuma hipótese, para fins de tratamento benevolente por parte da Administração."
  3. Não obstante, a comprovação de fato exógeno ou imprevisível que altere a capacidade fisiológica do candidato pode ser levada em consideração de modo a ensejar outra oportunidade, desde que tenha sido alegada e comprovada contemporaneamente ao momento da realização da prova.
  4. Não sendo a hipótese, o candidato reprovado não terá direito à segunda chamada, haja vista a inexistência de previsão dessa natureza no Edital, o qual vincula a Administração aos seus termos.
  5. Apelação e remessa oficial providas.<sup>133</sup>
- (sem grifos no original)

Contrariamente, alguns entendem haver quebra da paridade a pretensão à segunda chamada de prova física, não oportunizando nova data para a realização dos testes nem mesmo para mulheres grávidas, o que, a nosso ver, configura violação à proteção que o Estado deve dispensar à família e à maternidade (CF, arts. 6º e 226). Contudo, é possível encontrar jurisprudência nas duas linhas de pensamento, isto é, a favor ou contra. Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME FÍSICO. CANDIDATA GESTANTE. 1. Comprovado nos autos, mediante exames médicos, que a candidata encontra-se gestante, impossibilitada, portanto, de

<sup>133</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. AC 01000599239 - TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR - Rel. JUIZ FEDERAL CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ (CONV.) - DJ in 12/06/2003.

realizar a prova física, inclusive por orientação técnica, não se apresenta razoável o desejo de compeli-la à realização da prova. 2. A pretensão de impedir a recorrida de prosseguir no certame significa dar tratamento de maneira desigual àquela que por certo se encontra em peculiar situação. 3. Não fica a recorrida dispensada da realização da prova, devendo, no entanto, para a aferição, ser designada nova data. 4. Recurso a que se nega provimento.<sup>134</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. PROVA DE CAPACITAÇÃO FÍSICA. GRAVIDEZ DA CANDIDATA. O EDITAL MENCIONA AS REGRAS DO CONCURSO, VINCULANDO A ADMINISTRAÇÃO E OS CANDIDATOS. Não pode a administração oportunizar tratamento diferenciado a candidata, mesmo grávida, eis importa em violar o princípio da igualdade. Apelo do Estado provido. SENTENÇA REFORMADA. PREJUDICADO O REEXAME. VOTO VENCIDO.<sup>135</sup>

Por fim, os critérios e os tipos de avaliações físicas realizadas, geralmente, testes como barra fixa, impulsão horizontal, corrida e natação, para serem admitidos e aceitos como legais e, portanto, válidos, devem ser ladeados pelos princípios da reserva legal, razoabilidade e proporcionalidade. Referido entendimento é ratificado, praticamente de forma uníssona, na jurisprudência pátria, conforme se vislumbra dos termos das seguintes decisões:

Concurso público. Agente de polícia civil. Prova de aptidão física: decisão que não negou a necessidade do exame de esforço físico para o concurso em causa, mas considerou exagerado o critério adotado pela administração para conferir a tal prova, sem base legal e científica, o caráter eliminatório: inexistência de afronta ao art. 37, I da Constituição, que assegura que "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" e falta de prequestionamento dos artigos 2º e 5º, caput, da Constituição.(Súmula 282).<sup>136</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL - CAPACIDADE FÍSICA - FLEXÕES DE BARRA FIXA - PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS, LITISPENDÊNCIA e NULIDADE DA R. SENTENÇA EM RAZÃO DE JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PETITA. RECURSO VOLUNTÁRIO - ATO ADMINISTRATIVO - ATENDIMENTO AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Faculta-se ao jurisdicionado o direito de submeter ao crivo do Poder Judiciário a legalidade do ato apontado como coator, porquanto, conforme estatuído na Carta Magna, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

1.1 Obséquio ao Princípio da inafastabilidade da jurisdição.

<sup>134</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. APC 20010110245422 DF. Relator MARIO-ZAM BELMIRO. 1ª Turma Cível. Julgado em 06/02/2004. DJ 31/08/2004 p. 122.

<sup>135</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. Apelação Cível Nº 70000438838. Quarta Câmara Cível. Relator: Vasco Della Giustina. Julgado em 07/06/2000.

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344833 / MA. 1ª T. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 27.06.2003. p. 00036.

(...)

5.A investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos com preenchimentos dos requisitos exigidos em lei, sendo lícito à administração pública estabelecer exigências quanto à capacidade física, moral e profissional do candidato;

5.1. Contudo, o administrador público há de observar que tais exigências tem como parâmetro os princípios constitucionais;

5.2. No caso dos autos, a exigência de realização de flexões de barra fixa às candidatas fere os princípios da legalidade, da proporcionalidade e, ainda, da razoabilidade, uma vez que privilegia os candidatos em razão de sua maior aptidão física.

6. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.<sup>137</sup>

#### 4.4.6 Provas de títulos

As provas de títulos, de caráter facultativo, somente se justificam para os cargos de mais elevado nível, quando para seu preenchimento se recrutam candidatos dos quais são exigidos atributos relacionados à experiência e à especialização, verificáveis através da comprovação de exercício de cargos congêneres, cursos de nível superior e de pós-graduação, publicação de trabalhos científicos, divulgados em periódicos especializados, vinculação a entidades científicas etc. A cada um desses atributos são contemplados pontos, de acordo com a sua maior ou menor relevância para o exercício do cargo, de modo a tornar objetiva a nota atribuída ao candidato nesse item.

Posto que não se permite a avaliação unicamente mediante só a análise dos títulos, esse tipo de etapa deve ter caráter meramente classificatório, por isso não pode a Administração atribuir pontuação muito elevada a quem já detenha atuação na atividade objeto do certame ou atividade afim, o que induziria uma quebra na isonomia, já que colocaria o candidato em posição privilegiada em relação aos demais. Tal conclusão está em perfeita harmonia com o entendimento esboçado pelo STF, conforme verificamos abaixo:

PONTUAÇÃO - EXERCÍCIO PROFISSIONAL NO SETOR ENVOLVIDO NO CERTAME - IMPROPRIEDADE. Surge a conflitar com a igualdade almejada pelo concurso público o empréstimo de pontos a desempenho profissional anterior em atividade relacionada com o concurso público. CONCURSO PÚBLICO - CRITÉRIOS DE DESEMPATE - ATUAÇÃO ANTERIOR NA ATIVIDADE - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. Mostra-se conflitante com o princípio da

<sup>137</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. APC 20010110283398 DF. 3ª T.Cív. Rel. Des. João Egmont Leôncio Lopes. DJU 17.02.2004. p. 116.

razoabilidade eleger como critério de desempate tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público.<sup>138</sup>

Cumprido ressaltar, por fim, que a lei poderá até definir quais sejam os títulos exigidos para efeito de pontuação no certame, contudo, sob pena da fase de títulos obstar ilegalmente o acesso ao cargo público, os mesmos, por si sós, não podem reprovar em concurso público, por serem apenas elementos de classificação do candidato, salvo se conjugados os seus pontos com as notas das demais etapas e o resultado obtido seja apto a levar à reprovação.

#### 4.4.7 Outras modalidades de provas

Outras modalidades de provas podem ser exigidas, conforme a natureza do concurso ou do cargo público para cujo preenchimento se esteja realizando o certame, devendo todas elas, porém, guardar consonância com os princípios constitucionais.

As provas práticas ensejam a realização de atividades que demonstrem possuir o candidato as habilidades necessárias ao exercício de determinado mister. Assim, práticas esportivas, práticas musicais, práticas de direção seriam exemplos de provas desse tipo, nas quais, os concorrentes devem demonstrar que são hábeis nestas ou naquelas atividades. Fato comum é existir etapa de provas de digitação, principalmente para cargos técnicos de nível médio. Percebe-se, pois, que os métodos de realização e de avaliação são bastante objetivos.

Há também as chamadas provas didáticas para professor, tidas como o único meio pelo qual o candidato ao magistério superior é capaz de comprovar suas habilitações pedagógicas, essenciais para o desempenho da atividade docente, se não podem ser supridas pela demonstração escrita dos conhecimentos relacionados às técnicas de ensino.

---

<sup>138</sup>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3522 / RS. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 24/11/2005. Publicação: DJ 12-05-2006 PP-00004.

## **4.5 Classificação, homologação dos resultados e convocação dos aprovados**

### **4.5.1 Do respeito à ordem de classificação dos aprovados**

Divulgadas as decisões dos recursos, a Administração terá de confeccionar a lista definitiva dos candidatos classificados, respeitados os critérios estabelecidos no edital quanto ao desempate. Advirta-se, porém, que só se consideram aprovados aqueles candidatos classificados dentro do número de vagas ofertadas no edital ou dentro das vagas que porventura forem criadas no curso do prazo de validade do concurso público.

A Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal anuncia que: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Assim, não se admite possa a Administração Pública prover o cargo para o qual haja candidato aprovado em concurso público, com outro de classificação inferior, por isso, em caso de desrespeito à ordem de classificação, havendo preterição de direito, há para o candidato aprovado em concurso público o direito à nomeação. Quando cabível, tal também se aplica quanto ao direito subjetivo do candidato escolher sua lotação inicial conforme a ordem classificatória, bem como nos casos de concursos para cadastro de reserva, cuja vida útil se confunde com o prazo de validade do certame.

Dessa forma, configura desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferindo a prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável, com a publicação de novo edital com finalidade igual.

Ora, como o art. 37, IV, da CF/88, tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames



subseqüentes<sup>139</sup>. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias. Além de que o princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes.

Dessa forma, as vagas provenientes de exoneração ou aposentadoria dos antigos servidores podem e devem ser providas por candidatos aguardando nomeação, aprovados em concurso público, desde que esteja dentro do prazo de validade do certame, constituindo ilegalidade o preenchimento de vagas por terceiros, concursados ou não, a título de contratação precária, sem observância de classificação anterior do candidato aprovado.

Destarte, o respeito à ordem classificatória, não obstante seja um dever da Administração, é um direito disponível do candidato, que pode requerer que figure no chamado *final de lista*, passando a fazer parte do cadastro de reserva, sem, contudo, implicar renúncia ao direito de ser empossado ou de exercer o cargo, durante a validade do concurso.

Quanto à existência de nota de corte, em respeito à prevalência do edital, não é ilegal nem inconstitucional o critério expressamente previsto para atender o princípio da celeridade e da economicidade dos certames, não se ferindo também os princípios da isonomia ou da moralidade, posto que a regra é para todos os candidatos, que a ela aderiram ao se inscreverem, não podendo se insurgir por não lograr êxito no concurso. Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado:

Concurso público. Limitação do número de candidatos aprovados em uma etapa para ter acesso à segunda. Possibilidade. O art. 37, II, da Constituição, ao dispor que a investidura em cargo público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, não impede a Administração de estabelecer, como condição para a realização das etapas sucessivas de um concurso, que o candidato, além de alcançar determinada pontuação mínima na fase precedente, esteja, como ocorre na espécie, entre os 400 melhor classificados. Não cabe ao Poder Judiciário, que não é árbitro da conveniência e oportunidade administrativas, ampliar, sob o fundamento da isonomia, o número de convocações.<sup>140</sup>

#### 4.5.2 Homologação do concurso

<sup>139</sup> Nesse sentido: RE 140.210/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 16.6.2004; RE 424.601/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 26.8.2004; RE 411.301/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 31.5.2005; AI 454.882/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 29.3.2007.

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 478.136/MG. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 14/11/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 07-12-2006 PP-00049.

Conforme aduzem as lições de Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz<sup>141</sup>, a homologação do concurso é o ato administrativo de controle de eficácia, por intermédio do qual a autoridade máxima do órgão ou entidade verifica a legalidade e a regularidade do seu procedimento e a conveniência e oportunidade de sua realização. Portanto, enquanto não advier o ato de homologação, o concurso não possui eficácia, o que significa que não está apto a produzir efeitos na ordem jurídica, entre eles, a nomeação dos candidatos aprovados.

A autoridade administrativa competente deve avaliar se não resta nenhuma irregularidade a ser sanada, pois, caso exista, deverá convocar os membros da Banca Examinadora para corrigir eventual vício sanável. Advirta-se que não pode a própria autoridade adotar as providências reclamadas, sob pena de o ato ser ilegal, por vício de competência, já que a discricionariedade técnica é da alçada exclusiva da banca examinadora.

Contudo, se a autoridade superior vislumbrar, no ato de controle, vício de ilegalidade insanável, de forma manifesta e corretamente comprovada, deverá declarar a nulidade do concurso ou poderá revogá-lo, diante de fato atentatório ao interesse público.

#### 4.5.3 Direito à nomeação x expectativa de direito

Homologado o resultado das provas, com a elaboração do rol dos classificados, o preenchimento da vaga somente será alcançado com o ato de nomeação, seguido da posse e do início de exercício. A nomeação é ato de investidura, que se completa com a posse, *conditio juris* da função pública. Aliás, a Súmula nº 16, do STF, aduz que o candidato nomeado tem direito à posse.

Ocorre que, durante muito tempo, predominou o entendimento jurisprudencial segundo o qual a aprovação em concurso público não gera o direito à nomeação, configurando

---

<sup>141</sup> MAIA, Márcio Barbosa e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva 2007. p. 136.

tão somente expectativa de direito. Mais ainda: o direito à nomeação somente poderia ser exigido pelo candidato aprovado no concurso público em caso de demonstração de desobediência à ordem de classificação.

Ocorre que essa postura jurisprudencial foi revista, embora já houvesse uma tendência nesse sentido, pelas instâncias superiores do Poder Judiciário Nacional. Ponto crucial foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que acolheu a tese do direito à nomeação dentro das vagas previstas no edital do certame, como se aduz do recente julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ORIGINARIAMENTE PREVISTAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. Esta Corte firmou compreensão de que, se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>142</sup>

Seguindo a mesma trilha, a 1ª Turma do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 227480/RJ, em que foi relator o ministro Meneses Direito, tornou público o entendimento de que, caso o Estado anuncie em edital de concurso público o número de vagas, ele se obriga ao seu provimento, se houver candidato aprovado.

Dessa forma, põe-se uma pedra sobre a polêmica discussão, posto que o ato de nomear, que seria, a princípio, um ato discricionário, torna-se um ato vinculado para o poder público, ensejando, em contrapartida, direito subjetivo à nomeação e à posse, para os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas no edital.

Dessa forma, criam as Cortes um precedente moralizante aos gestores públicos, o que bem demonstra a força renovadora da jurisprudência, a partir da insistência dos cidadãos e de advogados que ousam desafiar a interpretação dominante - quando entendem que ela traduz injustiças – e seguem seus pleitos nos tribunais mesmo diante de previsível insucesso.

Contudo, ao mesmo tempo, como de costume, nascem as brechas, ou lacunas, como no caso do cadastro de reserva, onde o órgão ou entidade, para se furtar à obrigação da nomeação, abre o concurso público sem, sequer, prever uma vaga para nomeação imediata.

---

<sup>142</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS 22.568/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 27/04/2009.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressaltamos o nosso entendimento acerca da importância e da relevância jurídica do instituto estudado no presente trabalho, considerando seu cunho democrático e perfil moralizador, pois o concurso se revela a via mais adequada para garantir a indisponibilidade do interesse público, já que a seleção é feita de forma impessoal, sem favoritismos e sem intuito lucrativo, por isso persiste digno frente ao “martírio social” em que vivemos.

Ainda que possa ser um fator excludente das minorias, pois estas enfrentam grandes dificuldades para seguir os estudos, enquanto a parcela favorecida economicamente pode se dar ao luxo de estudar, sem maiores problemas, dispondo do tempo necessário, o concurso público, mesmo assim, continua sendo um “fator injusto, mas justo”, na falta de melhores instrumentos de contratação pelo poder público.

Com o fim de prevenir e reprimir potenciais práticas arbitrárias e inescrupulosas na seleção de candidatos, o Judiciário se reveste do poder-dever de controlar a atividade administrativa, de modo a exigir a irrestrita e incondicional observância aos princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República. Afinal, o candidato, em relação ao preenchimento de vagas em carreiras públicas, não está à mercê dos desmandos praticados pelo administrador, primando-se, assim, pelo compromisso com os valores da democracia, não obstante a discricionariedade administrativa se apresente, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, como barreira à atuação jurisdicional.

Não se está a defender a intervenção constante e indiscriminada do Poder Judiciário na análise do mérito do ato administrativo nos editais de concurso público. Contudo, não se pode excluir o acesso à justiça, a pretexto de observância estrita da legalidade. Sendo assim, deverá atuar o Judiciário com prudência e bom senso, produzindo decisões transparentes e motivadas na busca da igualdade material.

Longe de qualquer pretensão de esgotar o tema, o singelo objetivo deste breve ensaio limita-se à tentativa de estimular o debate sobre esse assunto tão atual e interessante. Suas conclusões, parciais, ficam, desde já, sujeitas ao exame da doutrina e, especialmente, à confirmação pela jurisprudência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. [Theorie der Grundrecht]. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em: 24 Abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 11, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em: 22 Mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 75, de 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em: 24 Mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 01, de 7 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br>> Acesso em: 24 Abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

\_\_\_\_\_. LEI N. 7.853, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

\_\_\_\_\_. LEI N. 8.213 - DE 24 DE JULHO DE 1991 - DOU DE 14/08/1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI COMPLEMENTAR N. 73, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1993. Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

\_\_\_\_\_. LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 8.745 - DE 9 DE DEZEMBRO DE 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. DECRETO Nº 2.271 - DE 7 DE JULHO DE 1997 - DOU DE 8/7/97. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 9.784, 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

\_\_\_\_\_. DECRETO N. 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI COMPLEMENTAR N. 101, DE 4 DE MAIO DE 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 9.986, DE 18 DE JULHO DE 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 10.871 - DE 20 DE MAIO DE 2004 - DOU DE 21/5/2004. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. LEI N. 3.964, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2007. DODF DE 19.03.2007. Estabelece normas, no âmbito do Distrito Federal, para a realização de concursos públicos, e dá outras providências.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

DOUGLAS, William. *Como passar em provas e concursos*, Rio de Janeiro, Impetus, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. [Taking Rights Seriously]. Tradução: Marta Guastavino. 3ª reimpressão, Barcelona, Ariel Editora, 1997.

FREITAS, Juarez. *Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. *Concursos Públicos* - São Paulo: Atlas, 2008.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

\_\_\_\_\_. *Discricionariiedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*. 1ª.ed. 7ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Judiciário e o Direito dos Concursos*. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, nº 2, maio/2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)> Acesso em 21 Abr. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. CJF. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUSA, Éder. *Concurso Público: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

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