

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
ALICE RIBEIRO DE SOUSA

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DO
CONCURSO PÚBLICO

Uberlândia

2011

ALICE RIBEIRO DE SOUSA

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DO
CONCURSO PÚBLICO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia

2011

A Luiz Carlos Figueira de Melo,
mestre, colega e amigo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder forças para chegar ao fim desta jornada.

A Raphael Cardoso, pela incomensurável ajuda.

“... qualquer outro mandamento se resume neste: 'Amarás a teu próximo como a ti mesmo'. O amor não faz nenhum mal contra o próximo. Portanto, o amor é o cumprimento perfeito da lei.” (Rm 13, 9-10).

RESUMO

O presente trabalho visa estudar, de um ponto de vista processual administrativo, o instituto dos concursos públicos no Brasil. Inicialmente, realizou-se uma abordagem histórica do tema, com vistas a enumerar os instrumentos de seleção de mão-de-obra empregados pelas Administrações ao longo dos séculos, com enfoque nos diversos sistemas constitucionais brasileiros. Em seguida, por meio de uma abordagem eminentemente principiológica, passou-se ao estudo do instituto conforme as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico atual. A seguir, tratou-se especificamente do rito adotado pelo administrador ao organizar um concurso público, conforme os princípios anteriormente estudados e as regras estabelecidas na Constituição e nas leis, com destaque para o posicionamento jurisprudencial e os métodos de controle administrativo e judicial aplicados à espécie. O passo seguinte foi verificar se o conjunto normativo atualmente vigente se revela adequado a promover a devida regulamentação dos concursos públicos. Ao longo do trabalho, foi possível concluir que os concursos públicos apresentam natureza jurídica de processo administrativo, sendo-lhes, portanto, aplicável a legislação correlata; no entanto, isto não é suficiente para garantir a devida regulamentação do assunto, de modo que a ausência de uma lei nacional dos concursos públicos, conforme demonstram diversas situações fáticas, representa causa de insegurança jurídica para os candidatos, de desobediência aos princípios constitucionais e violação do objetivo precípuo de sua realização, que é a seleção dos candidatos mais capacitados para o exercício da função pública.

Palavras-chave: Concurso público. Processo administrativo. Regulamentação.

ABSTRACT

This work intends to study, in an administrative procedural point of view, Brazilian public selection institute. Initially, a historical approach of the theme was performed, in order to enumerate the manpower selection instruments employed by Administration along the centuries, focusing on the various Brazilian constitutional systems. Then, by means of a mainly principled approach, the study of the institute according to the rules established by the current judicial order was realized. Following this, the rite adopted by the administrator when organizing a public selection, according to the preceding study of principles and rules established in the Constitution and by law, was addressed, featuring the jurisprudential positioning and administrative and judicial control methods applied to the theme. The next step was to verify if the present set of rules is adequate to promote the desired regulation of public selections. Along the work it was possible to conclude that public selections present judicial nature of a administrative process, thus being applicable the respective law; however, this is not enough to ensure the necessary regulation of the subject, so that the absence of a national law of public selections, as demonstrated by diverse situations, is cause of judicial insecurity for candidates, disobedience to constitutional principles and violation of the main objective of its execution, that is, the selection of the best trained candidates for the exercise of public service.

Keywords: Public selection. Administrative process. Regulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ORIGENS HISTÓRICAS DO CONCURSO PÚBLICO	13
1.1 Modos de recrutamento: apontamentos históricos	14
1.2 Profissionalismo nas carreiras burocráticas: o concurso público	19
1.3 O concurso público nas diversas Constituições brasileiras	23
1.3.1 A Constituição Imperial	23
1.3.2 A Constituição de 1891	26
1.3.3 A Constituição de 1934	27
1.3.4 Constituições de 1937, 1946 e 1967	28
1.3.5 A Constituição de 1988	30
1.4 Breve esboço sobre o regime jurídico do servidor público	31
1.5 Conceito de concurso público	39
1.5.1 Concurso de provas	41
1.5.2 Concurso de provas e títulos	45
1.5.3 Concurso público: processo ou procedimento?	46
2 O CONCURSO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	50
2.1 Princípios jurídicos e princípios constitucionais	50
2.2 Princípios aplicáveis ao concurso público	53
2.2.1 Princípio da legalidade	53
2.2.2 Princípio da impessoalidade	57
2.2.3 Princípio da moralidade	58
2.2.4 Princípio da publicidade	60
2.2.5 Princípio da eficiência	61
2.2.6 Princípio da acessibilidade aos cargos públicos	62
2.2.7 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	65
2.2.8 Princípio da supremacia do interesse público	67
2.2.9 Princípio da indisponibilidade do interesse público	70
2.2.10 Princípio da igualdade ou isonomia	71
2.2.11 Princípio da vinculação ao edital	74
2.2.12 Princípio da motivação	75

3 RITO PROCEDIMENTAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS	78
3.1 Fase interna	78
3.1.1 O art. 73, V, da Lei nº 9504/97 e seus reflexos sobre os concursos públicos	79
3.1.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal e os concursos públicos	81
3.1.3 Constituição de Comissão Organizadora	84
3.1.4 Contratação de terceiros	86
3.2 Fase externa	90
3.2.1 O edital e suas peculiaridades	91
3.2.2 Realização e correção das provas	94
3.2.3 Resultados provisórios e recursos	97
3.2.4 Resultado final, homologação e efeitos	98
3.2.5 Aplicação da Lei nº 9.784/99 aos concursos públicos	100
3.3 Invalidação, revogação e convalidação dos concursos públicos	101
3.3.1 Controle administrativo do concurso público	101
3.3.2 Controle judicial do concurso público	105
4 O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS CONCURSOS PÚBLICOS	118
4.1 A legitimação da função administrativa pelo processo	119
4.2 Discriminação das competências constitucionais para legislar	123
4.3 Análise da competência para legislar sobre concursos públicos	126
4.4 A omissão do legislador nacional e suas implicações	129
4.4.1 A regulamentação de ações afirmativas	129
4.4.2 A regulamentação do direito à nomeação	134
4.4.3 Abrangência dos concursos públicos	135
4.4.4 A regulamentação do conteúdo das provas	137
4.4.5 A regulamentação dos critérios de padronização da aplicação dos exames	139
4.4.6 Instrumentalização do princípio da publicidade	143
4.4.7 O impedimento à profissão de crenças	145
4.4.8 Uniformização dos documentos exigidos e data de sua apresentação	147

4.4.9 A Portaria MP n° 450/2002	148
4.4.10 Projetos de lei de regulamentação dos concursos públicos em tramitação	150
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS	156

INTRODUÇÃO

Os concursos públicos firmaram-se ao longo da história como o meio de seleção de pessoal mais transparente e justo que o pensamento humano foi capaz de conceber. Em função disso e mesmo de suas raízes históricas antigas, no Brasil o concurso público logo ganhou previsão constitucional para, a seguir, ser eleito o meio de seleção recomendado pelo constituinte brasileiro.

Com o advento da Constituição de 1988, quando tal opção tornou-se ainda mais franca, a jurisprudência passou a se deparar com diversas situações em que a disciplina constitucional não era suficiente para assegurar a isonomia entre os participantes, ao mesmo tempo em que se promovia a seleção dos candidatos mais capacitados. Assim, a acessibilidade aos cargos e empregos da Administração Pública Direta e Indireta passou a ser tema de frequentes discussões jurisprudenciais.

Contudo, apesar de sua relevância, já que irá refletir na constituição dos quadros da burocracia estatal, o assunto não tem merecido por parte do legislador infraconstitucional tratamento mais atencioso. De modo geral, observa-se a total ausência de normatização para o instituto do concurso público, repousando as inúmeras decisões judiciais existentes basicamente em preceitos constitucionais e dispositivos encontrados nos respectivos editais.

Levando em consideração tais elementos fáticos, o objetivo do presente trabalho consiste em estudar o concurso público conforme as diversas Constituições Brasileiras, especialmente a de 1988, no intuito de averiguar a existência ou ainda a possibilidade da construção de um conjunto de princípios e regras que lhes sejam aplicáveis. São debatidos os procedimentos atinentes à realização de concursos públicos, os casos de sua inexigibilidade, bem ainda as hipóteses de invalidação judicial e administrativa. Em seguida, é verificada a necessidade de elaboração de um conjunto normativo dirigido ao instituto do concurso público.

O primeiro capítulo do trabalho dedica-se à análise histórica do instituto, envolvendo, de início, o seu surgimento e desenvolvimento para, em um segundo momento, proceder ao estudo dos modos de recrutamento empregados no Brasil a partir do descobrimento. Há ainda um item dedicado a explicar a vinculação entre o servidor público e o Estado, bem como a evolução do profissionalismo dessa espécie de funcionário. Em seguimento, é efetuado um breve estudo dos modos de recrutamento segundo cada Constituição brasileira.

O capítulo inicial ocupa-se ainda de traçar um ligeiro esboço acerca do regime jurídico imposto ao servidor público brasileiro, bem como, a seguir, enuncia o conceito do concurso público, preocupando-se também em conceituar as suas principais espécies. Enfim, o capítulo encerra-se com algumas considerações acerca do caráter processual atribuído ao concurso público, especialmente com supedâneo em estudos doutrinários e nas disposições da Lei nº 9.784/99.

No segundo capítulo, foi realizado um estudo pormenorizado do tratamento dado pela Constituição de 1988 ao concurso público. A análise adota um cunho eminentemente principiológico, seguindo as disposições previstas no art. 37, *caput*, e seus reflexos infraconstitucionais. Este capítulo também discorre sobre o pensamento doutrinário aplicado a tais princípios, uma vez que não é possível compreender o seu conteúdo normativo apenas com a leitura isolada dos dispositivos constitucionais envolvidos. Seguindo essa mesma diretriz, é feita a análise dos princípios constitucionais além daqueles descritos no art. 37 da Constituição, de modo a abranger outros definidos em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais e aqueles que, embora implícitos, são indispensáveis ao estabelecimento da Administração Pública brasileira.

O terceiro capítulo propõe-se especificamente a estudar o rito procedimental imposto aos concursos públicos. Neste ponto, o trabalho procura adotar um aprofundamento considerável, levando em consideração não apenas o procedimento padrão normalmente adotado pelo administrador, mas também disposições reflexas específicas, impostas por leis que a princípio possuem objeto diverso, como é o caso da Lei nº 9.504/97 e a Lei de Responsabilidade Fiscal. O capítulo traz ainda uma análise mais acurada quanto às cláusulas que integram o edital do concurso público, tratando das peculiaridades a serem verificadas

quando da realização das provas, divulgação de resultados e respectivos recursos. Neste passo, enfrenta-se a questão da incidência ou não dos preceitos da Lei nº 9.784/99 ao procedimento do concurso público. Por fim, é destinado um espaço próprio à discussão acerca do modo como se tem dado o controle administrativo e judicial dos atos administrativos próprios do concurso público, sempre com esboço na doutrina e em decisões jurisprudenciais envolvendo o assunto.

O quarto capítulo inicialmente debruça-se sobre a suficiência ou insuficiência da legislação ora em vigor, quanto à disciplina dos concursos públicos. Após uma breve análise acerca da necessidade do uso do processo para justificar a função administrativa, promove um estudo sobre a competência legislativa para a matéria, concluindo-se que ela pertence à União Federal e que a eventual norma deve possuir abrangência nacional. Em seguida, é construído um item enumerando diversos problemas advindos da falta de uma lei nacional dos concursos públicos e demonstrando a insuficiência das disposições constitucionais para, sozinhas, cuidarem do tema. Por derradeiro, o capítulo inclui um item apontando extenso rol dos projetos de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional e que cuidam, em maior ou menor amplitude, de conferir alguma regulamentação aos concursos públicos.

Para realização do trabalho, deu-se preferência à pesquisa teórica, mediante análise bibliográfica das obras literárias que tratam do assunto objeto do trabalho. Também foi empregada a pesquisa documental, incidindo sobre textos legais e decisões jurisprudenciais que tratam do tema. O método do trabalho foi o dedutivo, em se tratando da pesquisa bibliográfica. Quanto à pesquisa documental, o método utilizado foi o indutivo.

O procedimento técnico consistiu, no tocante à pesquisa teórica, em análise de textos, discussões temáticas e interpretativas acerca da bibliografia utilizada durante o trabalho. Para o caso das normas legais e decisões judiciais, o trabalho foi realizado por intermédio da análise de seus conteúdos, com enfoque ainda para a contextualização histórica reinante quando produzido o material estudado.

1 ORIGENS HISTÓRICAS DO CONCURSO PÚBLICO

Toda instituição jurídica apresenta uma origem, um modo de constituição inicial, um meio em que se estabeleceu a princípio. A atividade administrativa, da mesma forma, precisou de agentes quando de sua instituição. Seja na época dos Estados Nacionais absolutistas da Idade Média – em que o rei se fazia confundir com o Estado, como se o Estado fosse uma única pessoa –, seja na formação das Cidades-Estado da Idade Antiga, a Administração sempre demandou agentes para dar consecução às suas necessidades e para se impor como fonte de autoridade.

Se a presença de agentes administrativos era necessária, também se fazia preciso escolher tais agentes. E tais escolhas deveriam obedecer a algum critério. E mesmo em épocas mais remotas, nunca foi recomendável a escolha de qualquer pessoa dentre aqueles componentes da massa popular para compor os quadros dos agentes públicos.

Dentre as várias razões que tornam absolutamente inconveniente tal opção, cabe ser citada a possibilidade de se colocar inimigos do detentor do poder em postos que deveriam ser ocupados por seus aliados, o que poderia acelerar a sua destituição, tanto em razão da perda do apoio dos aliados quanto em função da desobediência levada a cabo pelos escolhidos. A escolha de pessoa incapaz de exercer as atribuições cotidianamente praticadas pelo ocupante do posto para o qual foi escolhido também poderia facilmente implicar no insucesso da atividade executada. Imagine-se, por exemplo, na Idade Antiga, o guerreiro sem compleição física suficiente para se impor aos inimigos. Certamente não inspiraria ele a menor confiança geral e poderia por em risco a vitória do grupo.

Em todo trabalho acadêmico com vistas a analisar detidamente as nuances jurídicas do concurso público, o estudo histórico dos meios encontrados pelo administrador para escolher as pessoas que executarão os atos e determinações por ele enunciadas é curial para que sejam traçadas as tendências evolutivas desta instituição jurídica, assim como verificar se ela é realmente o meio mais eficaz para satisfazer a necessidade de selecionar tais pessoas.

Feitas tais considerações iniciais, passa-se ao estudo histórico das modalidades de escolha dos agentes públicos.

1.1 Modos de recrutamento: apontamentos históricos

Márcio Barbosa Maia, acompanhando a lição de José Cretella Júnior, enuncia que desde a Antiguidade até os tempos atuais o administrador foi capaz de conceber diversas espécies de recrutamento, merecendo destaque o sorteio, a compra e venda, a herança, o arrendamento, a livre nomeação absoluta e relativa, a eleição e, finalmente, o concurso.¹

O sorteio consistia, como o próprio nome sugere, em uma escolha entre diversos nomes, amparada por critérios baseados exclusivamente no acaso. Assim, é possível identificar nele nuances de inspiração divina, como uma modalidade de ordálias para a seleção para cargos públicos.

O sorteio poderia aplicar-se à seleção indistinta de membros de uma coletividade de pessoas, ou então ser precedido de uma seleção condicional, incidindo sobre um grupo cujos membros não se mostrem, em uma análise breve e superficial, incapazes de exercer as tarefas cometidas ao cargo em questão.²

Como o sorteio não permitia avaliar previamente, de modo objetivo, as pessoas escolhidas por sua capacidade para ocupar o cargo, foi uma modalidade de aplicação restrita ao longo da história. Entretanto, ocupou lugar de destaque entre os modos de seleção empregados na Antiguidade, especialmente na Grécia, para a escolha daqueles que exerceriam

¹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

² *Ibidem*.

cargos públicos de natureza política. Para os cargos públicos efetivos a sua aplicação foi bem limitada.³

À medida que os meios de governo por inspiração divina foram sendo abandonados, também o foi o sorteio. Entretanto, na história contemporânea ainda é possível encontrar exemplos de sua aplicação, podendo ser citada a experiência brasileira com a ocupação de funções militares, propiciada pelo Decreto nº 1.860, de 1908 – que, além de escolher ocupantes de cargos efetivos via sorteio, também o fez em época relativamente recente.

O segundo sistema de seleção historicamente observado foi o de compra e venda de cargos públicos. Instituído pelo rei Carlos VII, na França, tornou-se definitivo em 1529. O resultado de sua adoção foi, obviamente, a restrição do exercício dos cargos públicos aos mais ricos, à revelia, inclusive, de sua capacidade intelectual ou administrativa para exercê-los.⁴

Outra modalidade de distribuição de cargos, surgida em paralelo ou até mesmo antes do sistema de compra e venda, foi o de sucessão hereditária, em que as atribuições eram cedidas ou vendidas a uma pessoa, que as transmitia a seus herdeiros. A herança também se revelou um modo de seleção inadequado. Afinal, e como bem anotado por Agapito Machado Júnior, nem sempre o filho estava à altura do pai, apesar do vínculo sanguíneo.⁵

Procurou-se superar esta limitação com a delegação da função a substitutos ou representantes, o que obviamente destacou a limitação do sistema, pois a delegação poderia ser feita sem nenhum problema pela própria Administração, sem participação do particular. Assim, pode-se considerar que o Poder Público, ao conferir um cargo por hereditariedade, permitia que o particular usurpasse a faculdade de a própria Administração escolher seus agentes.

³ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁴ Ibidem.

⁵ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

O arrendamento consistia em a Administração ceder ao particular a prerrogativa do exercício do cargo público, por prazo determinado e em face de contraprestação pecuniária paga ao erário.⁶ Tratava-se, pois, de uma espécie da modalidade de compra e venda de cargos, com as mesmas desvantagens, uma vez que o arrendamento só poderia ser feito por aqueles de maiores posses e as atribuições em questão seriam praticadas apenas para atender a seus próprios interesses.

No sistema de livre nomeação absoluta, o cargo público é atribuído a alguém por meio de uma autoridade, e sem a interferência de outro Poder. Já o sistema da livre nomeação relativa consiste na escolha realizada por ato complexo, ou seja, o ocupante do cargo é indicado por uma autoridade e aprovado por outra.⁷

No Brasil, a livre nomeação absoluta tem sido largamente aplicada para a escolha de ocupantes de cargos públicos, desde os tempos do Império. Está atualmente agasalhada pelo inciso II, do art. 37, da Constituição Federal. Embora dependa ela basicamente do alvitre da autoridade com poderes para nomear, não se pode afirmar que inexistam qualquer limitação.

De fato, como bem recorda Diógenes Gasparini, a escolha no sistema de livre nomeação absoluta encontra limites. Após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, parte dos cargos e funções de confiança deverão ser preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Ademais, as nomeações destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.⁸

A aprovação pelo STF da Súmula Vinculante nº 13, em agosto de 2008, limitou ainda mais a liberdade de escolha, para evitar a prática do nepotismo. A livre nomeação relativa é também adotada no Brasil, porém em menor escala que a livre nomeação absoluta. É empregada para a nomeação de ocupantes de cargos como os de presidentes de

⁶ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

⁷ Ibidem.

⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 183.

agências reguladoras e o diretor do Banco Central do Brasil, que são indicados pelo Presidente da República e devem ser aprovados pelo Congresso Nacional.⁹

A eleição, como meio de escolha dos agentes administrativos, não pode ser confundida com a eleição própria dos representantes democráticos e membros de Poder, dada a diversidade das funções por eles praticadas. Enquanto o agente político detém o poder de escolha dos meios de exercício da vontade política, ao agente administrativo cabe apenas colocar em prática tais meios.

O sistema de eleições não tardou a revelar-se desaconselhável, notadamente por estender à seara administrativa os problemas que apresenta quando empregado em esfera política, tais como a corrupção e o *lobby*. Não bastasse, o voto não é um meio adequado de se avaliar as capacidades intelectuais para exercício de uma atribuição administrativa. Quando muito pode avaliar o carisma da pessoal. Assim, apesar de democrática, a escolha mediante eleições nenhuma garantia pode oferecer contra a possibilidade de os votantes não escolherem o mais capaz ou mesmo de serem as eleições conduzidas por grupos dominantes.¹⁰

A seleção mediante concurso público tem suas origens na França de Napoleão Bonaparte. Em comentários sobre o momento histórico então reinante, Canotilho pontuou que o Código Civil Napoleônico trazia consigo a semente do princípio da isonomia, posto que afirmava desde já o princípio da igualdade nas relações jurídicas civis e que essa tendência teria então influência fundamental sobre a legislação administrativa a ser produzida.¹¹

O concurso público surgiu, na França, como meio de seleção de candidatos a cargos públicos, alguns anos após ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder. É, dentre todos, o único sistema que tem o grande mérito de afastar, de imediato, os incapazes para exercício

⁹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

¹⁰ MACHADO JÚNIOR. Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119.

do cargo público, posto que o procedimento se consuma de acordo com princípios informativos de ordem científica.¹²

É verdade que o concurso público não está isento de vícios. A elaboração de provas com vícios de redação, privilegiando uma área do conhecimento em detrimento das outras previstas no instrumento convocatório, as deficiências que podem ocorrer na elaboração do texto alusivo ao edital e até mesmo a eventual contaminação do certame com atos de corrupção praticados pelos organizadores configuram elementos que depõem contra a utilização de tal forma de recrutamento.

Apesar dessas imperfeições, o concurso público deve ser visto como a principal forma de seleção, tendo em vista a sua superioridade face aos métodos de recrutamento anteriormente surgidos no curso da história humana. O concurso público não se fundamenta na álea, como o sorteio; não vislumbra o cargo público como objeto, como ocorre na compra e venda, sucessão hereditária ou arrendamento; não adota como meio de seleção valores discricionários ou de índole política, como a livre nomeação e a eleição; e, enfim, é capaz de efetivamente eliminar os candidatos incapazes ao exercício da função administrativa, desde que seja bem conduzido.¹³

É possível concluir que, se os princípios administrativos que regem o concurso público não forem seguidos, ele pode transformar-se num meio de recrutamento tão vil quanto qualquer outro. Afinal, são princípios como a isonomia, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência, entre outros, os únicos meios capazes de garantir que a escolha dos agentes administrativos ocorrerá de acordo com a vontade superior e desinteressada da Administração. A aplicação de tais princípios ao desenvolvimento do concurso público será melhor estudada em momento oportuno.

¹² CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. 4. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1991, p. 2176.

¹³ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

1.2 Profissionalismo nas carreiras burocráticas: o concurso público

A vinculação entre o servidor público e o Estado foi explicada por diversas teorias ao longo da história.

Paul Laband, inspirando-se em contratos privados como o mandato, a locação de serviços e mesmo o contrato inominado, desenvolveu a teoria contratualista, segundo a qual o servidor estabelecia um contrato com o Poder Público, em que tinha como direitos a proteção e o sustento. Em contrapartida, deveria ofertar a sua dedicação, fidelidade e obediência.¹⁴

Discordando, Otto Mayer teorizou que a relação entre Estado e servidor diz respeito a uma obrigação de servir, repousada em direito público. Tal obrigação é que acometeria à pessoa a necessidade de realizar determinada função pública. Também Duguit, Hauriou e Gaston Jèze pronunciaram-se contra o contratualismo no serviço público, esclarecendo que a relação entre o servidor e o Poder Público fundamenta-se na lei, ou melhor, no estatuto aplicável à carreira.¹⁵

No Brasil, Pontes de Miranda foi o primeiro a realizar reflexões acerca do vínculo entre o funcionário público e o Estado. O autor acaba por concluir que, embora a relação entre ambos seja bilateral, como ocorre nos contratos, ela tem caráter institucional, motivo pelo qual a vontade dos funcionários desaparece para dar lugar à vontade do próprio Estado.¹⁶

A tese de Pontes de Miranda sobre a institucionalização do serviço público continua válida ainda hoje. É certo que o regime jurídico único sofreu ataques com a nova

¹⁴ FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 181.

¹⁵ *Ibidem*, p. 181-183.

¹⁶ *Ibidem*, p. 184.

redação do art. 39 da Constituição, após o vigor da Emenda Constitucional n° 19/98. No entanto, a relação institucional do servidor com o Estado continuou incólume, uma vez que a própria Constituição alude por várias vezes a esse tipo de vinculação.¹⁷

Para o servidor, uma das principais vantagens da institucionalização do serviço público é o oferecimento de uma situação estável, tanto no tocante à expectativa remuneratória quanto à permanência no serviço público. Diante da perspectiva de segurança profissional, o servidor tem estímulos à prestação de um bom trabalho, bem como de especializar-se e conseguir amearhar conhecimentos importantes para manter o bom funcionamento da sua repartição. Nesse sentido, Juarez Freitas critica ferozmente os mecanismos de relativização da estabilidade do servidor público trazidos pelas Emendas Constitucionais n°s. 19, 20 e 41, especialmente a mudança de regras para a aposentadoria, em que se promoveu uma reforma do que já havia sido reformado.¹⁸

O bom serviço público, prestado por servidores satisfeitos e conhecedores de suas atribuições, constitui parte essencial do profissionalismo da função pública. Marcello Caetano, citado por Raquel Dias da Silveira, aduz que o profissionalismo no serviço público está no fato de que o servidor abraça a função pública como modo de vida, dedicando, portanto, a ela toda a sua atenção, para nela fazer carreira e obter o sustento de seu lar.¹⁹

A autora acrescenta que a profissionalização da função pública representa o tratamento isonômico e imparcial do servidor, de modo a valorizá-lo não por suas convicções políticas ou de qualquer outra ordem, mas sim como ser humano que escolheu o serviço público como profissão.²⁰

Destarte, o servidor público profissionalizado não precisa ter receio das mudanças de condução política da Administração, pois o exercício do seu cargo tem origem

¹⁷ FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 185.

¹⁸ *Ibidem*, p. 186-187.

¹⁹ SILVEIRA, Raquel Dias da. **Profissionalização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 66.

²⁰ *Ibidem*, p. 67.

forte, estabilidade e depende de seus conhecimentos específicos. A independência política do servidor, base para o seu reconhecimento como profissional, funda-se na posse após aprovação em concurso público, independente de indicações ou influências daqueles que estão momentaneamente no poder.²¹

Logo, o profissionalismo da função pública, para que exista, deve iniciar antes mesmo da posse do servidor,²² demandando a aplicação de critérios igualitários de escolha dos agentes públicos, assim como a oferta de condições para o cumprimento do princípio da eficiência.²³

Não se pode negar que a Emenda Constitucional nº 19/98 deu passos importantes no sentido de assegurar o profissionalismo das carreiras públicas. Fê-lo através da imposição de seleção de servidores por concurso público, ressalvadas raras exceções; da instituição de Conselho de Política de Administração e Remuneração de Pessoal, composto por servidores; da obrigatoriedade de manutenção de escolas de governo para a formação de servidores; da aplicação de valores no desenvolvimento de programas de qualidade, produtividade, treinamento e desenvolvimento de servidores; da realização de avaliação de desempenho como condição para a obtenção da estabilidade.²⁴

Além disso, a referida Emenda privilegiou a aplicação do princípio da eficiência por meio da responsabilização do servidor público, com: a perda do cargo em face de insuficiência no rendimento, apurado em avaliação periódica de desempenho; a previsão, em lei específica, das formas de participação do usuário na Administração e, por conseguinte, o exercício de representação contra a negligência ou abuso de poder no cargo.²⁵

²¹ SILVEIRA, Raquel Dias da. **Profissionalização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

²² Ibidem, p. 69.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. A ética na administração pública. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 453.

²⁴ Ibidem, p. 456.

²⁵ Ibidem, p. 456-457.

Raquel Dias da Silveira vincula ainda a profissionalização do serviço público ao princípio da cidadania, sob um duplo prisma: primeiro, o atributo de servidor público profissional deriva da qualidade de cidadão de uma pessoa, posto que o direito ao exercício de tal profissão é assegurado aos cidadãos pela Constituição. Segundo, o bom exercício da função pública repercute no bem-estar social e, se a profissionalização da função pública vem a contribuir com a elevação da qualidade de tal serviço, está claro que atende ao interesse público primário da sociedade, a ser defendido pelo Estado como garantia de cidadania.²⁶

Sob o influxo da profissionalização do serviço público têm surgido algumas iniciativas pioneiras, voltadas à valorização do servidor e de seu trabalho. Uma delas, sem dúvida qualquer, foi retratada por Luciano Ferraz em prestigiado trabalho. Consistiu na introdução, pela Prefeitura de Belo Horizonte, do instituto da suspensão do processo disciplinar, mediante o preenchimento de condicionantes pelo servidor. A medida, como bem aponta o referido administrativista, indica confiança na auto-recuperação do servidor, homenageando ao mesmo tempo o valor social do trabalho e o princípio da dignidade humana.²⁷

A suspensão condicional do processo disciplinar configura evidente tentativa de conferir profissionalismo ao serviço público mediante a utilização do mecanismo do controle consensual administrativo, mecanismo este capaz de gerar soluções mais justas, céleres e econômicas na tormentosa seara do processo disciplinar.

Conclui-se que a profissionalização do servidor, como meio de promover a eficiência do serviço público, é desejável, e pode ser alcançada com medidas simples como a manutenção dos direitos de estabilidade, a modernização das formas de aplicação de normas disciplinares e o condicionamento das promoções à realização de cursos de especialização e aprimoramento. Assim, atendendo-se à natureza institucional da relação entre servidor e

²⁶ SILVEIRA, Raquel Dias da. **Profissionalização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 74.

²⁷ FERRAZ, Luciano. Controle consensual da Administração Pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do Município de Belo Horizonte. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 15-44, jul/ago. 2007.

Estado, não apenas o agente público se beneficia com tais medidas, mas o próprio Poder Público e toda a coletividade.

1.3 O concurso público nas diversas Constituições brasileiras

Em sua curta história constitucional, o Brasil já soma quase dez Constituições diferentes. Cada uma delas estabeleceu suas próprias considerações acerca do recrutamento de agentes públicos. Sob o prisma do concurso público, tais considerações serão estudadas neste item.

1.3.1 A Constituição Imperial

Antes da independência do Brasil, o país era governado diretamente por membros da monarquia portuguesa escolhidos pelo rei de Portugal segundo os seus próprios critérios. Assim, ressalvados alguns apontamentos referentes ao modo de desconcentração do poder no Brasil-Colônia, estudar a escolha desses agentes encontraria justificativa em um estudo que tivesse foco no Estado português, o que extrapola os objetivos do presente estudo.

A história relata que as primeiras tentativas de firmar o domínio português em terras brasileiras deram-se por meio de envio de expedições, a mais célebre delas chefiada por Martim Afonso de Sousa. Com o insucesso dessas expedições, D. João III decidiu instituir no Brasil o regime das Capitanias Hereditárias, que consistiam na doação de terras a alguns particulares que se mostrassem em condições de explorar a terra, impedindo a invasão de

corsários de outras nacionalidades e efetivamente assegurando o domínio de Portugal sobre sua colônia de maior extensão.²⁸

Assim, de 1534 até 1536 foram feitas as doações das terras, as quais foram divididas em 14 capitanias e entregues a 12 donatários. Observe-se que, apesar do nome “donatário”, os exploradores eram considerados a autoridade máxima dentro da Capitania, mas não eram tidos por proprietários da terra pela Coroa portuguesa.²⁹

Entretanto, o sistema de Capitanias Hereditárias fracassou, tendo em vista as grandes distâncias entre a metrópole e a colônia, a necessidade de serem realizados grandes investimentos no sentido de se estabelecer alguma espécie de organização, a falta de talento administrativo de alguns donatários e o conflito com os indígenas, que ocorria em diversas regiões. Para dar favor e ajuda às Capitanias Hereditárias, D. João III instituiu em 1548 o Governo-Geral.³⁰

Governadores-Gerais, juntas governativas e vice-reis atuaram entre 1549 e 1808, quando o próprio D. João VI veio ao Brasil para governar daqui todo o reino. A vinda do rei não teve intuito único de permitir a colonização do Brasil de maneira ideal, mas deveu-se principalmente à necessidade de proteger a Corte Portuguesa da invasão então promovida por tropas francesas em terras lusitanas.³¹

Após a chegada de D. João VI foi necessário tomar uma série de medidas administrativas, capazes de dotar a colônia de um aparato mínimo compatível com o *status* de sede do governo português. Foram então introduzidos todos os serviços de governo e administração como tribunais, tipografias, fábricas de pólvora, teatros, escolas e bibliotecas. Para tanto, foram criadas três Secretarias de Estado: a dos Negócios do Reino, a da Guerra e Estrangeiros e a da Marinha e Ultramar. Principiou-se então a nomeação de autoridades para

²⁸ MATHIAS, Herculano Gomes; GUERRA, Lauryston Gomes Pereira; CARVALHO, Affonso Villela de (Coord.). **História do Brasil**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1976, p. 17.

²⁹ Ibidem, p. 29.

³⁰ Ibidem, p. 32.

³¹ Ibidem, p. 250-251.

ocupar os cargos de chefia das diversas instituições implantadas, as quais ocorriam livremente.³²

As nomeações calcadas na plena liberdade de escolha da autoridade nomeante prevaleceram por todo o período colonial e deram entrada, sem maiores embaraços, no Império que se instalou no Brasil logo após a independência. A respeito do tema, Fabrício Motta assinala que as primeiras Constituições brasileiras inseriram o princípio da ampla acessibilidade entre as normas de direitos fundamentais.³³ Tal inserção, por si só, demonstra a grande credibilidade que tal critério de escolha desfrutava àquele tempo.

De fato, a Constituição do Império, datada de 25 de março de 1824, garantiu aos cidadãos brasileiros a liberdade, a segurança individual e a propriedade, assegurando a todos a possibilidade de admissão aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem distinção outra que não seus talentos e virtudes. Em comentários acerca da referida previsão constitucional, Eder Sousa aponta que a admissão no serviço público achava-se então atrelada apenas a critérios discricionários e políticos, uma vez que talento e virtude são atributos muito vagos e que todos de certa forma possuem, dependendo apenas da análise subjetiva de quem os avalia.³⁴

Embora, como já dito, a Constituição Imperial haja prestigiado claramente a acessibilidade ampla aos cargos públicos, pode ser apontada como semente para o surgimento do concurso público. De fato, seu art. 179, XIV, estabeleceu que “todo cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes”. A menção a talentos e virtudes, como fatores que poderiam ensejar diferença entre os cidadãos aspirantes aos cargos públicos, constitui clara inspiração para o art. 37, I, da Carta Constitucional vigente.

³² MATHIAS, Herculano Gomes; GUERRA, Lauryston Gomes Pereira; CARVALHO, Affonso Villela de (Coord.). **História do Brasil**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1976, p. 259-260.

³³ MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 68-85, 2010.

³⁴ SOUSA, Eder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.40.

A regra da Constituição Imperial também fomentou a criação do marco histórico do concurso público no Brasil ainda durante o Primeiro Império, por meio da edição do Decreto Imperial nº 25, de 12 de agosto de 1833, responsável por estabelecer que a aprovação para o grau de Doutor e para ocupar cadeira de professor nos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo dar-se-ia por votação dos professores assistentes.³⁵

Dando continuidade à evolução da matéria, o Decreto 440, de 10 de dezembro de 1845, estabeleceu o modo dos concursos às cadeiras de Primeiras Letras dos municípios. O candidato precisava ser versado em conhecimentos sobre moral cristã e da doutrina da religião católica apostólica romana, à época religião oficial do Estado.³⁶

Pouco importando qual fosse o modo de escolha, o serviço público no Brasil Imperial era muito privilegiado. Os agentes públicos tinham *status* de nobres e, portanto, gozavam de privilégios estamentais.³⁷ Assim, a disputa pelos cargos, ainda que ocorresse apenas no plano político em razão das formas de seleção existentes à época, não poderia deixar de ser intensa.

1.3.2 A Constituição de 1891

A Constituição de 1891 deu um passo à frente sobre o tema em enfoque. Seu art. 73 manteve o franqueamento dos cargos públicos civis ou militares a todos os brasileiros pelo sistema de acessibilidade ampla, mas estabeleceu que deveriam ser observadas as condições de capacidade dispostas em lei.

Contudo, a exemplo da Carta Constitucional anterior, não trouxe qualquer previsão no sentido de exigir seleção prévia para ingresso nos cargos públicos. Ficou assim

³⁵ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

³⁶ *Ibidem*, p. 7.

³⁷ SILVEIRA, Raquel Dias da. **Profissionalização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 30.

mantida a acessibilidade ampla, podendo o legislador ordinário estabelecer as condições de ingresso consoante melhor entendesse. E mais, a regra da acessibilidade ampla achava-se inserta dentre os direitos e garantias fundamentais.³⁸

Importa, porém, realçar que a Constituição Republicana teve o mérito de inserir a proibição de cumulações remuneradas de cargos públicos. Além disso, embora não tenha elegido critério objetivo para a seleção de candidatos aos cargos públicos, preceituou que competiria à lei formal e material o estabelecimento de condições especiais para as admissões.³⁹

A medida é de todo elogiável, uma vez que, ao remeter ao legislador a tarefa de elegeer condições especiais para as admissões de pessoal, o texto constitucional caminhou no sentido de vedar a utilização de critérios calcados unicamente no favoritismo decorrente da mera ausência de impessoalidade.

1.3.3 A Constituição de 1934

A Assembleia Nacional Constituinte convocada por Getúlio Vargas para elaborar a Carta Constitucional de 1934 foi a primeira a reconhecer expressamente a importância do concurso público como instrumento de seleção de funcionários públicos, com a seguinte redação:

Art. 170. (...)

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.

³⁸ MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 68-85, 2010.

³⁹ SOUSA, Eder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.40.

Entretanto, a aplicação do concurso público ainda não gozava de um caráter geral, uma vez que só poderia ser empregada se regulamentada por lei, e para os cargos organizados em carreira. Além disso, o texto da Constituição impunha a necessidade de concurso apenas para a primeira investidura, podendo as demais ser realizadas por meio de provimentos derivados, na forma de promoções verticais.⁴⁰

Outra particularidade que atestava a incipiência do desenvolvimento do instituto era a possibilidade de ser aberto concurso público apenas de títulos. A verificação de títulos, embora capaz de avaliar a experiência e os estudos desenvolvidos pelo candidato acerca da matéria, constitui uma modalidade indireta de avaliação de conhecimentos. Não bastasse, eleger critério objetivo para julgamento de títulos é tarefa assaz complexa, podendo fazer com que o concurso de títulos descambe facilmente para a subjetividade.⁴¹

Observa-se, portanto, que apesar de a garantia do concurso público haver sido instituída, ainda assumia um grau bastante primitivo face às atuais disposições constitucionais, uma vez que a possibilidade de realização da promoção vertical tornava possível que certa pessoa, aprovada em concurso para ocupar funções elementares e de baixa escolaridade, acabasse por exercer funções bem mais complexas sem que tivesse sido aferida a sua capacidade intelectual para tanto.

1.3.4 Constituições de 1937, 1946 e 1967

As Constituições de 1937 e 1946 não inovaram na matéria, determinando como obrigatório o ingresso em cargos de carreira por meio de aprovação em concurso público de

⁴⁰ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007 MAIA, p. 8.

⁴¹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2179.

provas ou títulos, facultando-se a aplicação de tal método de seleção em caso de previsão legal expressa nesse sentido.⁴²

A Constituição de 1967 estabeleceu pela primeira vez como obrigatória a seleção por meio de concurso público para todos os cargos, exceto os comissionados. Aqui, portanto, pela primeira vez o recrutamento por concurso assume caráter geral, e a livre nomeação passa a ser excepcional, existente apenas porque prevista no art. 95, §2º.

Também se deve à Constituição de 1967 o mérito de exigir que o concurso público seja composto ou de provas, ou de provas e títulos, mas não unicamente de títulos. Trata-se da verificação, em última instância, das falhas dos concursos públicos de títulos em escolher as pessoas mais capazes para exercer as funções públicas, ou no mínimo em eliminar os incapazes.

A Emenda Constitucional nº 01/69 não trouxe modificações significativas à matéria, ficando mantidas as previsões já estatuídas pela Carta de 1967. Eder de Sousa, entretanto, alerta para o retrocesso então patrocinado, uma vez que a exigência de concurso público voltou a ser prevista apenas para a primeira investidura.⁴³

Conforme bem lembrado por Fabrício Motta, coube à Carta de 1967 iniciar a sistemática mais próxima do regramento atual.⁴⁴ Releva anotar então que, embora o texto da Constituição de 1967 tenha sido outorgado em um regime excepcional, tão propenso à ocupação das funções estatais por pessoas escolhidas a dedo por aqueles que assumiram o Poder Executivo, há de ser-lhe reconhecido o mérito de moralização do sistema de recrutamento da força de trabalho estatal. De fato, com aquele Texto Fundamental, estabeleceu-se inequivocamente a impessoalidade do exercício dos cargos públicos.

⁴² MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

⁴³ SOUSA, Eder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 42.

⁴⁴ MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 68-85.

1.3.5 A Constituição de 1988

A vocação eminentemente garantista da Constituição de 1988 determinou o estabelecimento de diversos princípios no desígnio de orientar a atuação da Administração Pública. No tocante aos concursos públicos, a Carta vigente trouxe consigo um conjunto de normas estabelecendo os requisitos e parâmetros para que se dê o acesso aos cargos públicos. O respeito a esse conjunto normativo deve ser rigoroso, uma vez que confere direito subjetivo para todos os candidatos às vagas colocadas em disputa, sendo vedada qualquer discriminação abusiva que possa implicar na quebra do princípio da isonomia.⁴⁵

O art. 37, II, da Constituição de 1988 consolidou a opção primordial do legislador, quando do preenchimento de vagas em cargos públicos, pelo concurso de provas ou de provas e títulos, a ser realizado de acordo com a natureza ou complexidade das funções a serem cometidas ao agente. As nomeações livres de cargos em comissão, assim declarados em lei, têm caráter excepcional.

Com o advento da Constituição de 1988, deixaram de ser admitidas as hipóteses de provimento vertical, ou por ascensão, em que o concursado em cargo de menor complexidade passa a ocupar atribuições mais complexas e que exigem maior preparo intelectual, em provimento derivado, pelo denominado sistema de concurso interno. Ivan Barbosa Rigolin, logo após a promulgação da atual Carta Magna, anotou corretamente que seu texto havia obstado de vez o concurso interno, até ali muito encontrado em Administrações locais, por constituir forma de burla ao princípio da igual acessibilidade de todos aos postos públicos de trabalho.⁴⁶

Não se deve entender, entretanto, que o concurso interno haja sido definitivamente exterminado pelo texto constitucional. Para o provimento derivado de cargos escalonados em carreira, a realização do concurso interno longe de violar o texto

⁴⁵ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010, p. 37.

⁴⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 133.

constitucional dá-lhe efetividade, pois evita a promoção de servidores de forma automática ou em desrespeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade.⁴⁷

Na verdade, o que fez o legislador constitucional foi condicionar a investidura inicial no cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público, vedando a utilização do provimento derivado para tal fim.

O certo é que o banimento do concurso interno como forma de provimento inicial em qualquer cargo ou emprego público muito contribuiu para o aumento da demanda, por parte da Administração, de concursos públicos, fortalecendo a sua aceitação como principal meio de ingresso no serviço público neste país.

1.4 Breve esboço sobre o regime jurídico do servidor público

Adilson Abreu Dallari atribui ao regime jurídico do servidor público o caráter e a nomenclatura constitucional, argumentando que se trata do conjunto das disposições contidas na Constituição acerca dos servidores públicos em geral e que tais regras são dotadas de complementariedade e organicidade, formando, por tal razão, um sistema jurídico genuíno.⁴⁸

Quanto aos servidores públicos em geral, Regis Fernandes de Oliveira anota que podem ser classificados em: a) agentes, os membros de Poder, ocupantes dos cargos eletivos, os Ministros de Estado, diplomatas, Secretários estaduais, distritais e municipais, Magistrados e membros do Ministério Público; b) os servidores estatutários, celetistas e temporários, estes últimos, cujo vínculo atende a necessidade por tempo determinado de excepcional interesse público; c) particulares em colaboração com a Administração, que prestam serviços sem vínculo empregatício ou remuneração, como é o caso dos jurados; d)

⁴⁷ DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 38.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

militares, que têm regime jurídico diverso daquele imposto aos demais servidores; e) servidores e empregados de Estatais, aí incluídos os empregados públicos.⁴⁹

Logo, prevalecem como as duas espécies de regime jurídico o estatutário (ocupado pelos servidores públicos) e o celetista (que engloba os empregados públicos).⁵⁰

Não será demais aqui lembrar que o constituinte derivado, por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/98, almejou introduzir a coexistência do regime estatutário e do celetista para os servidores públicos em geral. Contudo, a tentativa não logrou pleno êxito, uma vez que o STF terminou por suspender a vigência da redação introduzida pela referida emenda no texto do art. 39, *caput*, da Lei Maior.⁵¹

O regime estatutário diz respeito a um conjunto de regras estabelecidas unilateralmente pelo Poder Público, por meio de uma lei aplicável à esfera do ente político em que está inserido o órgão onde o servidor está lotado, e ao qual o servidor está obrigado a seguir.⁵² Nessa linha, Cármen Lúcia Antunes Rocha conceitua o estatuto como sendo o conjunto de direitos, deveres e responsabilidades unidos em uma norma que é imposta a quem se submeta ou se enquadre em seus termos, sob o caráter abstrato, genérico e obrigatório.⁵³

Logo, o regime jurídico adotado pelo ente político pode ser alterado ao seu bel-prazer, desde que respeitados os direitos constitucionais e os já adquiridos pelos servidores em atividade.⁵⁴ Verifica-se, pois, que a formalização da situação jurídica do servidor público não se dá por meio de um acordo de vontades ou por consenso. Na verdade, a nomeação do servidor é ato unilateral. A posse deriva de uma manifestação de vontade do servidor em ocupar o cargo público; entretanto, tal acordo de vontades limita-se à formação do vínculo e à

⁴⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 10-13.

⁵⁰ DALLARI, Adílson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 15.

⁵¹ Trata-se da decisão proferida em 02.08.07, com efeito *ex nunc*, durante o julgamento da ADI 2.135-MC/DF.

⁵² RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83.

⁵³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 119-120.

⁵⁴ RIGOLIN, op. cit., p. 84.

inserção na situação jurídica geral dos servidores públicos, não tendo o condão de afetar o regime jurídico em si. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina “ato-união”.⁵⁵

A adoção de um regime estatutário revela-se vantajosa para a Administração, pois, além de ele ser mais adequado à função pública, atende às particularidades do ente político.⁵⁶ Tanto é assim que Adilson de Abreu Dallari classificou o regime jurídico celetista pela administração direta e autárquica como “uma aberração”, destinada apenas à livre contratação e exoneração de pessoas pelo governante, atendendo a critérios unicamente subjetivos e não vinculados ao concurso público.⁵⁷

O regime estatutário tem como fundamento o cargo público. Cargos públicos são, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o nome dado à unidade de poderes e deveres estatais mais simples, a serem atribuídos a um agente. Trata-se, assim, de um conjunto de prerrogativas e sujeições indivisível e mínimo, fixado em lei, que lhe atribui um número de ocupações e uma denominação, ou seja, confere-lhe individualidade. Como todas as características do cargo são fixadas em lei, tanto a sua criação como extinção demandam tal espécie normativa.⁵⁸

Por sua vez, Regis Fernandes de Oliveira conceitua cargo público como sendo unidade administrativa para a qual a lei ou ato equivalente confere um conjunto de atribuições a serem desincumbidas pelo funcionário.⁵⁹

O provimento é o ato por meio do qual se designa uma pessoa para ocupar um cargo público.⁶⁰ O provimento pode ser inicial ou derivado. O provimento inicial é, como o próprio nome sugere, aquele ocorrido de modo independente à existência de relações

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 12.

⁵⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 85-86.

⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 49.

⁵⁸ MELLO, op. cit., p. 16-17.

⁵⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14.

⁶⁰ MELLO, op. cit., p. 22.

anteriores do agente com o Poder Público e que aperfeiçoa tal relação, por intermédio da nomeação e da posse.⁶¹

A nomeação corresponde ao ato formal, praticado pela Administração, e responsável por atribuir um cargo a uma pessoa. Pode ser classificada como discricionária (praticada com plena liberdade por parte do administrador), condicionada (sujeita a determinadas formalidades que restringem a discricionariedade) ou reservada (não reconhecida por todos os autores, é aquela conferida a determinados grupos).⁶²

Já o provimento derivado é aquele ocorrido em função de uma relação anterior entre o agente e o serviço público. Tal espécie de provimento subdivide-se de acordo com sua derivação. A derivação horizontal, também denominada transferência, é aquela em que não há elevação funcional, malgrado ocorra a mudança de um para outro cargo. Celso Antônio Bandeira de Mello alerta para o fato de que a readaptação, enquanto transferência do funcionário para cargo compatível com sua capacidade funcional, é uma espécie de transferência; entretanto, a remoção (deslocamento de funcionário de uma repartição ou órgão para outro) e a relocação (alteração do número de cargos e funcionários que devem servir em diferentes unidades) não podem ser classificadas como transferências porque não há mudança de cargo.⁶³

Os provimentos por derivação vertical, também chamados de promoção ou acesso, são aqueles em que a mudança de cargo dá-se com elevação funcional. Podem ocorrer tanto como progressão normal na carreira, quanto como elevação hierárquica (assunção de cargo de chefia).⁶⁴

Existe ainda a derivação por reingresso, consistente no retorno ao serviço de servidor dele desligado. Pode ocorrer por reintegração (retorno do servidor ao cargo antes

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 23-24.

⁶² CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil**. V. II. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 17-19.

⁶³ MELLO, op. cit., p. 25.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 26-27.

ocupado, por ilegalidade do ato de desligamento do servidor), readmissão (reingresso do servidor por ato discricionário da Administração, sem direito a indenização)⁶⁵, aproveitamento (reingresso do servidor em disponibilidade, que consiste no desligamento por extinção do cargo) e reversão (reingresso do servidor aposentado, a pedido ou por não subsistirem as razões que levaram à aposentadoria).⁶⁶

Os cargos podem também ter provimento em comissão, efetivo ou vitalício. Os cargos de provimento em comissão são os de livre nomeação e exoneração pela autoridade administrativa, ou seja, a ocupação do cargo remanesce enquanto houver confiança no trabalho do servidor nomeado. Assim, por razões óbvias, não se organiza concurso público para cargos de provimento em comissão.⁶⁷

Os cargos em comissão podem ser organizados isoladamente ou de forma permanente, desde que as atribuições a ele cometidas sejam de direção, chefia ou assessoramento. Leis que criem cargos em comissão compostos de atribuições meramente operacionais ou burocráticas devem ser declaradas inconstitucionais.⁶⁸

⁶⁵ A readmissão não é mais admitida pelo ordenamento constitucional, por violar a regra estabelecida no art. 37, II, da Constituição, que estabelece como requisito para o ingresso no serviço público a aprovação em concurso de provas ou provas e títulos. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15453. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. READMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. IMPRESCINDIBILIDADE. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENUNCIADO Nº 473 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VITALICIEDADE. INEXISTÊNCIA. 1 - Esta Corte, perfilhando a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, vem decidindo que "tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada" (RE nº 199.733/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJU de 30/4/1999). 2 - É de se notar, contudo, que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já afastou essa orientação no caso de investidura sem concurso público, aplicando-se o entendimento consolidado no enunciado nº 473, segundo o qual a Administração, valendo-se do seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos. 3 - Vitaliciedade que não pode ser reconhecida em razão de não ter sido preenchido o requisito da regular aprovação em concurso público. 4 - Recurso improvido. Relator: Min. PAULO GALLOTTI. DJ DATA: 03/09/2007, p. 22.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 28-29.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 18.

Os cargos de provimento efetivo são aqueles criados para serem ocupados de forma definitiva e permanente.⁶⁹ O servidor ocupante de cargo efetivo passa por um estágio probatório com duração de três anos, ao final do qual se submete a avaliação de desempenho (art. 41, §4º, da Constituição). Sendo aprovado, passa a gozar de estabilidade. Na conjuntura jurídica brasileira atual, estabilidade significa a impossibilidade de dispensa sem: sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo em que se assegure ampla defesa; avaliação periódica em que o desempenho do servidor seja considerado insuficiente, assegurada-lhe ampla defesa (art. 41, §1º, da Constituição).

Há, ainda, os casos de extinção de cargos públicos para efeito de reestruturação orçamentária do ente político. De fato, a Constituição estabeleceu, em seu art. 169, §4º, mecanismos para a exoneração de servidores estáveis, quando as despesas com pessoal extrapolem os limites fixados em lei complementar (no caso, a Lei Complementar nº 101/00). Nessa hipótese, o servidor será indenizado em um mês de remuneração por ano de serviço (art. 169, §5º, da Constituição). Nota-se, portanto, que a estabilidade em cargo público está longe de ser um direito absoluto, detendo o servidor apenas expectativa de permanência definitiva no cargo.

Enfim, cabe uma menção aos cargos vitalícios, fixados pela Constituição. Os membros de tais cargos só podem ser deles desligados após processo judicial com sentença transitada em julgado⁷⁰, ou após atingirem a idade de aposentadoria compulsória, que atualmente é de 70 anos.⁷¹ Podem ser ocupados de modo eletivo (caso dos membros dos poderes Executivo e Legislativo) ou vitalício (é a hipótese dos membros do Judiciário e do Ministério Público, escolhidos por meio de concurso público de provas e títulos).⁷²

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 19.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 36. Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade. Aprovada em: 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=36.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas.>> Acesso em: 19 ago. 2011.

⁷² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

Segundo Regis Fernandes de Oliveira, todos os cargos vitalícios (Magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunal de Contas) são políticos, uma vez que têm a capacidade de invadir a esfera jurídica de outras pessoas, por meio da imposição de obrigações e franqueamento de direitos.⁷³

Os cargos públicos podem ainda ser organizados em carreira, ou simplesmente serem isolados. Cargos isolados são aqueles que, por não se encontrarem insertos em uma carreira, não possibilitam ao servidor ascensão funcional. Assim, a carreira constitui um incentivo ao aperfeiçoamento e à permanência do servidor no cargo, pois ao longo do seu exercício é permitido ao servidor assumir classes mais elevadas, com respectivo aumento de remuneração. Se houver complementaridade, é possível que, ao chegar ao final de uma carreira, o servidor tenha acesso a outra série de classes, continuando a sua evolução funcional. A isso se dá o nome de acesso.⁷⁴

O regime celetista é aquele que segue as diretrizes traçadas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse caso, todos os aspectos do serviço serão regidos pela CLT, exceto no tocante a exceções constitucionalmente previstas, ou suscitadas pela própria legislação trabalhista.⁷⁵ Nem o empregado, nem o Poder Público têm o condão de alterar unilateralmente as cláusulas que regem o contrato.⁷⁶ Logo, uma vez adotado o regime celetista, a Administração renuncia à vantagem de alterar unilateralmente as condições da contratação, comparando-se ao empregador privado comum.⁷⁷

A unidade de atribuições regulamentada pelo regime celetista é o emprego público, que consiste no vínculo profissional firmado entre o agente e a Administração por meio do contrato de trabalho disciplinado pela CLT. Assim como acontece com os cargos

⁷³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 22.

⁷⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86-87.

⁷⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 33.

⁷⁷ RIGOLIN, op. cit., p. 88.

públicos, os empregos também devem ser criados e extintos por lei.⁷⁸ Os cargos em comissão – até por se denominarem cargos – não podem seguir o regime celetista.⁷⁹

Como se vê, os feixes de atribuições disponíveis no Poder Público podem ser classificados como cargos e empregos. Entretanto, tal classificação não se mostra exaustiva, porque não inclui algumas atribuições avulsas ou unidas de modo insuficiente a constituir um cargo ou emprego. Para designar tais atribuições, utiliza-se a nomenclatura “função pública”. No entanto, trata-se de uma locução genérica, passível de ser utilizada para a caracterização, também, da própria atividade-fim da Administração, ou de mero posto de serviço do Poder Público (ou seja, cargos e empregos). Diante de tais considerações, Ivan Barbosa Rigolin finaliza por conceituar a função pública como “todo posto oficial de trabalho na Administração pública que não seja cargo público nem emprego público”.⁸⁰

Para Regis Fernandes de Oliveira, as funções permanentes são praticamente idênticas aos cargos de confiança, somente deles se diferenciando quanto à nomenclatura e, se for o caso, o tratamento legal dado pelo ente em que ela se insere. De fato, por exemplo, a lei pode estipular que as funções sejam ocupadas por pessoas não integrantes dos quadros de servidores, assim como ocorre com os cargos comissionados. É o caso das funções temporárias, a serem vistas a seguir.⁸¹

Ivan Barbosa Rigolin aponta que, no sistema constitucional vigente, as funções públicas prestam-se tanto a serem ocupadas por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição) quanto para indicar postos que não designam cargos ou empregos, porque remanescentes de situações antigas previstas em Cartas anteriores, e que prevalecem por razões diversas.⁸²

⁷⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 98.

⁷⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

⁸⁰ RIGOLIN, op. cit., p. 100-101.

⁸¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

⁸² RIGOLIN, op. cit., p. 101.

No primeiro caso, as funções públicas constituem um regime jurídico à parte do estatutário e do celetista, designado como especial, e para o qual não se aplica o sistema do concurso público originariamente estipulado pela Constituição, mas sim um processo seletivo simplificado, concebido para ser célere e consumir poucos recursos administrativos. Tal sistema veio previsto no art. 198, §4º, do Texto Constitucional, com vistas à contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias com a agilidade requerida por tais espécies de enfermidades.

Na segunda hipótese – as funções de confiança –, a Constituição estabelece que deverão ser exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, ou seja, que já tiveram seu provimento embasado em um concurso público. Cumpre levar em consideração também que o constituinte estipulou que tais funções deverão ser compostas exclusivamente por atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V).

Apresentado assim sinteticamente o regime jurídico aplicável aos servidores públicos, cabe aprofundar o estudo sobre o concurso público, o que será feito a seguir.

1.5 Conceito de concurso público

O concurso público pode ser conceituado, consoante a explanação de Reinaldo Moreira Bruno, como um procedimento prático-jurídico para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob a responsabilidade da Administração Pública.⁸³

⁸³ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público**: doutrina e jurisprudência: Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 79.

Assim, por afastar os incapazes e os alinhados aos ocupantes do poder, o concurso público, para o autor, constitui uma “regra moralizadora e assecuratória da isonomia e da impessoalidade no recrutamento de pessoal para a Administração Pública”.⁸⁴

De modo semelhante, para Fernanda Marinela de Sousa Santos, o concurso público é procedimento administrativo posto a serviço da Administração Pública com vistas a escolher seus servidores em caráter futuro, ao mesmo tempo em que se orienta pelos princípios da impessoalidade, isonomia e da moralidade administrativa, assegurando, outrossim, a ampla acessibilidade aos cargos públicos no Brasil.⁸⁵

Por sua vez, José Maria Pinheiro Madeira conceitua o concurso público como uma série complexa de procedimentos adotados com o objetivo de atestar as aptidões próprias de um ou mais candidatos a ocupar uma ou várias vagas na Administração, por meio da submissão voluntária ao crivo de uma comissão examinadora;⁸⁶ ou ainda, um “procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores”.⁸⁷

Já nas palavras de Paulo Roberto Ferreira Motta e Raquel Dias da Silveira, o concurso público pode ser entendido como a condição para a formalização de uma relação obrigacional ou contratual para com a Administração.⁸⁸

Cármem Lúcia Antunes Rocha, por seu turno, aduz que concurso público é o processo administrativo pelo qual se avalia o merecimento de candidatos à investidura em

⁸⁴ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público**: doutrina e jurisprudência: Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 79.

⁸⁵ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010, p. 38-39.

⁸⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 84.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁸⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 305-306.

cargo ou emprego público, considerando-se as suas características e a qualidade das funções que lhes são inerentes.⁸⁹

Para Francisco Lobello de Oliveira Rocha, o concurso público é o procedimento administrativo escolhido pelo legislador constituinte para assegurar a igualdade na disputa dos cargos públicos, atendidos os princípios da moralidade, impessoalidade e igualdade de oportunidades e, ainda, com vistas à profissionalização da burocracia administrativa, tendo em vista que os nomeados são apenas candidatos que atendam às necessidades da Administração.⁹⁰

Observa-se, pois, que a doutrina refere-se ao concurso público como um processo administrativo ou como procedimento administrativo, como se não houvesse distinção entre os dois institutos ou, então, como se tal distinção fosse irrelevante. O tema merece maior aprofundamento, o que será feito a seguir.

1.5.1 Concurso de provas

Francisco Lobello de Oliveira Rocha conceitua as provas como sendo “procedimentos padronizados e objetivos aplicados aos candidatos dos concursos com a finalidade de aferir, de forma direta, sua aptidão para o exercício do cargo ou emprego que se pretende preencher”, além de classificá-los. Ainda segundo o autor, são seus requisitos essenciais a objetividade (independência de qualquer critério subjetivo) e a padronização, com vistas a que a avaliação dos candidatos siga padrões que permitam a comparação para com os demais.⁹¹

⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201

⁹⁰ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 53-54.

⁹¹ *Ibidem*, p. 121-122.

O concurso de provas é aquele em que o candidato é avaliado por testes (provas objetivas, com a resposta a questões em que se assinala a alternativa correta, incorreta, ou se julga itens verdadeiros ou falsos),⁹² provas dissertativas (provas abertas escritas, em que o examinado, partindo de um conhecimento mais aprofundado, deve apresentar respostas conclusivas, partindo de uma introdução e daí apresentando o desenrolar do raciocínio que leva à resposta),⁹³ exames físicos (em que se verifica a capacidade de o candidato ultrapassar certos limites de prática física definidos no edital e tidos como mínimos para o exercício eficiente da função pública sob disputa),⁹⁴ de habilidade específica (avaliam aptidões técnicas ou talentos práticos dos candidatos necessários ao exercício das atribuições do cargo),⁹⁵ psicotécnicos (procedimentos que permitem identificar aspectos psicológicos para fins de prognóstico do desempenho das atribuições do cargo)⁹⁶ e orais (que pretendem medir, além do conhecimento acerca do assunto abordado, a eloquência e a retórica do candidato). O tipo de provas que comporão o concurso público deve variar de acordo com as particularidades do cargo a ser preenchido, de modo que a exigência de tipos de prova incompatíveis com as atribuições do cargo disputado viola o princípio da razoabilidade.⁹⁷

As provas objetivas podem seguir o sistema de pesos, em que se atribui nota mais elevada aos acertos de questões mais relevantes e específicas às atribuições do cargo em disputa.⁹⁸ Tal medida não viola a isonomia; ao contrário, a assegura, por meio do tratamento desigual de disciplinas com importância distinta.

A correção das provas dissertativas demanda um aumento na discricionariedade da Administração com respeito ao que é ou não correto. Assim, para evitar o arbítrio, é válido que a banca examinadora divulgue uma resposta correta padrão, que

⁹² MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104-105.

⁹³ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 117.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 122-123.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 124.

⁹⁷ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 123.

⁹⁸ MAIA, *op. cit.*, p. 105.

poderá ser comparada com as respostas dos candidatos. Além disso, a banca examinadora deverá divulgar as informações e critérios que levaram à fixação da nota de cada candidato.⁹⁹

Francisco Lobello de Oliveira Rocha aponta para a necessidade de que os exames físicos atendam aos interesses da Administração e não apenas à isonomia. Assim, a realização de provas físicas com requisitos distintos entre homens e mulheres evidencia uma considerável falha avaliativa, pois o Poder Público, durante o exercício do cargo disputado, não pode exigir desempenhos distintos entre pessoas de sexos diferentes. Do contrário, o cargo só poderia ser ocupado por pessoa de determinado sexo. Assim, para o autor, a fixação de limites mínimos diferentes a serem cumpridos para a habilitação de candidatos de sexos opostos afronta o princípio da igualdade.¹⁰⁰

De outro lado, a Administração deve observar as diferenças de sexos e respectivas alterações fisiológicas quando da aplicação das provas. Assim, por exemplo, a candidata gestante não pode sofrer discriminação quanto ao exame físico, sendo sumariamente excluída apenas por causa de sua condição fisiológica.¹⁰¹ Afinal, a gravidez não é um estado patológico que impede o exercício do cargo.¹⁰²

José Maria Pinheiro Madeira aponta para a necessidade de se coibir a aplicação de testes esdrúxulos e incapazes de medir a capacidade física dos candidatos, ou a fixação de limites cujo cumprimento é possível apenas por superatletas ou bem-dotados fisicamente. Mais uma vez, a finalidade do exame físico é verificar a aptidão para o exercício da função pública e não promover a eliminação gratuita de candidatos aptos.¹⁰³

No que tange aos exames psicotécnicos, devem ser realizados com vistas a verificar características psicológicas do candidato que são incompatíveis com aquelas

⁹⁹ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

¹⁰⁰ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 147.

¹⁰¹ MAIA, op. cit., p. 122.

¹⁰² MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 118.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 119.

exigidas para o bom exercício do cargo. Nesse sentido, não são válidos exames que adotam um perfil psicológico a que os candidatos devem se adaptar, sob pena de inabilitação.¹⁰⁴

Para José Maria Pinheiro Madeira, a avaliação não pode extrapolar à identificação de condições psicológicas nocivas ao serviço público, servindo, por exemplo, para impedir o ingresso de psicopatas e pessoas portadoras de outras anomalias psíquicas. De fato, o exame não pode se confundir com a medição de inteligência, sendo certo que há facínoras com alto grau de inteligência.¹⁰⁵

Por outro lado, é permitido à Administração deixar de divulgar no edital o perfil profissiográfico a ser exigido quando da realização do exame psicotécnico, pois o sigilo quanto a esse dado é essencial para o sucesso da avaliação, evitando-se que os candidatos, durante o exame, emulem comportamentos psicológicos que na verdade não possuem.¹⁰⁶

Além do mais, para que seja considerada válida, a avaliação psicotécnica deve: estar prevista em lei como requisito para admissão no cargo;¹⁰⁷ ser compatível com a natureza das atribuições a serem exercidas pelo candidato; ser impessoal, não podendo assumir formato de entrevista pessoal; seguir o procedimento fixado em edital, em atendimento à razoabilidade, à proporcionalidade, ao contraditório e à ampla defesa.¹⁰⁸

A natureza do exame psicotécnico não livra a sua decisão da necessidade de fundamentação. Assim, a mera classificação do candidato como apto ou inapto, sem a devida justificativa, viola a moralidade e a impessoalidade. Destarte, não é dado à Administração

¹⁰⁴ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 126.

¹⁰⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111.

¹⁰⁶ MAIA, op. cit., p. 126-127.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 686. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Aprovada em 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=686.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

¹⁰⁸ MAIA, op. cit., p. 127-132.

atribuir notas diversas a cada candidato em razão do referido exame.¹⁰⁹ Assim fica preservado o caráter meramente eliminatório, e não classificatório, que tal prova deve sustentar.

1.5.2 Concurso de provas e títulos

No concurso de provas e títulos, além de todas as habilidades acima apresentadas, o candidato deverá possuir titulação que supere a de seus concorrentes ou pelo menos torne possível que sua nota final no concurso seja suficiente para a classificação. Para essa espécie avaliativa, um novo critério deve ser respeitado: a relevância. De fato, a Administração não pode conferir pontos a títulos que em nada se relacionem com a esfera de conhecimentos exigida para o exercício da função pública em disputa, nem atribuir pontos elevados a títulos pouco interessantes para o cargo.¹¹⁰

Não se impede que o tempo de serviço prestado a órgãos ou entes administrativos seja computado como título, desde que não seja o único critério de pontuação e que daí não decorra a reserva de vagas para aqueles que já se encontram no serviço público.¹¹¹

A doutrina tem asseverado que a prova de títulos não pode assumir caráter eliminatório, pois do contrário a avaliação estaria baseada não no conhecimento apresentado pelo candidato, mas no seu tempo de carreira, com violação ao princípio da impessoalidade.¹¹² Isso demonstra o tratamento acessório a ser conferido a tal prova, o que se faz corroborado pelo próprio Texto Constitucional, que não admite a nomeação com base exclusiva em provas de títulos.

¹⁰⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

¹¹⁰ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 149-150.

¹¹¹ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 83.

¹¹² MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133.

1.5.3 Concurso público: processo ou procedimento?

A palavra processo tem origem etimológica no latim *procedere*, que significa seguir adiante. Em razão disso, por muito tempo houve confusão com o procedimento, que se define como “simples sucessão de atos processuais”. Foi necessário que Oskar von Bülow, em sua obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, apresentasse os devidos esclarecimentos acerca do assunto, separando em definitivo o conceito de processo do conceito de procedimento.¹¹³

Nessa perspectiva, o processo deve ser entendido como um conjunto de atos procedimentais envolvidos por uma relação jurídica travada entre as partes e o Estado, encadeados entre si em razão do exercício de poderes ou faculdades, com vistas à consecução de um objetivo final.¹¹⁴

O procedimento, por sua vez, é caracterizado como o modo pelo qual se exterioriza a instauração, desenvolvimento e crise do processo; corresponde, portanto, à sua “manifestação extrínseca”. Noutras palavras, procedimento, faceta formal do processo, “é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.¹¹⁵ A distinção apontada, embora sedimentada com base nas noções de processo judicial, faz-se de todo apropriada também para o processo administrativo.

De fato, Maria Sylvia Zanella di Pietro ocupou-se do assunto para dizer que não se deve confundir processo com procedimento. O processo existe sempre como instrumento indispensável para o exercício da função administrativa. Assim, a atuação da Administração Pública fica documentada por meio do processo. Já o procedimento, segundo a mesma autora, é identificado como o conjunto de formalidades observáveis para a prática de

¹¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 275.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 282.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 275.

determinados atos administrativos, guardando assim equivalência com o rito de desenvolvimento adotado pelo processo.¹¹⁶

Nesta ordem de ideias é possível compreender que enquanto o processo corresponde a um conjunto de procedimentos, o procedimento representa um conjunto de atos administrativos organizados entre si.

De fato, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, um procedimento administrativo “é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei”.¹¹⁷ O autor ainda informa que o procedimento administrativo constitui atividade contínua e não instantânea, ou seja, representa uma organização que se estende ao longo do tempo por meio de vários atos administrativos iniciais, intermediários e finais.

Apesar de discorrer sobre o processo administrativo disciplinar como bem distinto do procedimento administrativo para recrutamento de agentes públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello não estabelece diferenças entre os conceitos de procedimento ou processo administrativo, tratando a ambos como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. O autor, no entanto, parece voltar a conceituação mais ao procedimento que ao processo, uma vez que cita textualmente como exemplo de procedimento administrativo o concurso para provimento de cargo público, ao lado das licitações.¹¹⁸

De modo semelhante, Odete Medauar assinala que, a partir da década de 1970, houve um aumento da necessidade de serem aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa em atuações da Administração e, por consequência, diversas leis que tratavam do processo administrativo foram editadas ao longo do mundo. Assim ocorreu na Argentina

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 397

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 146.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 421.

em 1972, na Alemanha em 1976, na Costa Rica em 1978, na Venezuela em 1982, na Itália em 1990, em Portugal em 1991 e, finalmente, no Brasil, com a Lei nº 9.784/99.¹¹⁹ Ora, como se verá ao longo deste trabalho, a aplicação do contraditório e da ampla defesa é essencial ao bom andamento do concurso público, uma vez que o candidato tem direito à apreciação de recurso administrativo contra as notas e correções a ele atribuídas.

Feitas as considerações acima, cabe concluir que o concurso público é na verdade processo administrativo e, não, simples procedimento administrativo. O concurso público é compreendido por uma série de procedimentos, ordenados de forma lógica, tendendo a uma solução final. Os procedimentos que integram o processo alusivo ao concurso, por sua vez, compõe-se de atos interligados entre si, a serem praticados em consonância com as prescrições legais, com o objetivo final de selecionar pessoas aptas à investidura nos cargos ou empregos públicos colocados em disputa.

A conclusão ora posta não destoa daquela explicitada por Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem concurso público constitui um processo seletivo público informador do modo de verificar o merecimento dos interessados em investir-se em um determinado cargo, realçando os princípios democrático e republicano e os outros que deles nascem ou para eles convergem.¹²⁰

Oportuno também trazer à colação o conteúdo do art. 50, inciso III, da Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo federal. O dispositivo em apreço preceitua que os atos administrativos que decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública devem ser sempre motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Noutras palavras, o legislador federal claramente referiu-se ao concurso público como sendo processo, não mero procedimento.

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 413.

¹²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

Embora não haja uma legislação que especifique e arrole os atos administrativos a serem praticados durante a seleção de futuros servidores, bem como a ordem em que devem ser praticados, a experiência administrativa permitiu que doutrina e jurisprudência traçassem uma sequência a ser observada durante o concurso público. Trata-se então o concurso público de processo administrativo com procedimentos a serem realizados segundo diversos regramentos, criando-se assim um rito procedimental, que será visto mais adiante no presente trabalho.

2 O CONCURSO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é conhecida por ser analítica e extensa ao mesmo tempo em que procura fundamentar suas disposições em um vasto espectro de princípios jurídicos, o que representa uma característica das Cartas sintéticas. Para além da discussão sobre o suposto caráter paradoxal desta verificação, é importante identificar que os enunciados principiológicos em questão estabelecem sua aplicabilidade não apenas ao longo do Texto Constitucional, mas também por todo o sistema jurídico que orienta a República Federativa do Brasil.

O presente capítulo pretende realizar uma apreciação panorâmica do sistema principiológico adotado pela Constituição Federal de 1988, inclusive tratando do próprio conceito de princípio. A abordagem demonstrará o modo como os princípios são admitidos ao sistema constitucional, e como são utilizados para regular a aplicação das normas. Em um terceiro momento, os princípios constitucionais aplicados aos concursos públicos, sejam eles expressos no Texto Constitucional ou nele insertos de modo implícito, merecerão análise.

Face à vastidão dos princípios jurídicos invocados pelo Texto Magno, é necessário focalizar aqui aqueles que importam ou guardam relação com o objeto de estudo, preocupação esta que orientará a enunciação a ser realizada doravante.

2.1 Princípios jurídicos e princípios constitucionais

Antes de qualquer digressão sobre o sistema principiológico trazido pela Constituição Federal, é conveniente realizar um estudo prévio acerca dos conceitos que envolvem os próprios princípios.

Para José Afonso da Silva, a nomenclatura *princípio* não foi bem escolhida, porque remete ao início, ao começo de algo. O equívoco resta claro, por exemplo, quando se observam os nomes dados às *normas de princípio institutivo* e às *de princípio programático*.

Na verdade, a conceituação de tais normas refere-se à sua função dentro do sistema constitucional, em nada se referindo à sua origem.¹²¹

Logo em seguida, o autor remete-se à definição de princípios dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio é “mandamento nuclear de um sistema”, que funciona como sua base, e que tem como condão irradiar-se, exercendo sua influência em diversas outras normas, de modo a fundamentar tanto a sua criação quanto a sua interpretação e aplicação. O princípio é dotado desta habilidade justamente porque estabelece o modo de pensamento lógico a ser empregado dentro do sistema jurídico, desta forma, harmonizando-o. Assim, o princípio se presta também à organização de todos os elementos jurídicos que circundam o sistema positivado.¹²²

De acordo com este raciocínio, para Celso Antônio Bandeira de Mello a violação a um princípio reveste-se de gravidade muito maior que a violação a uma norma, tendo em vista que, quando o princípio é violado, todo o sistema jurídico sofre abalo.¹²³ Assim, os encarregados de interpretar e aplicar a norma devem se preocupar sobremaneira com a observância dos princípios, especialmente os constitucionais, de forma a assegurar o funcionamento e a confiabilidade do sistema jurídico como um todo.

Em idêntico diapasão, Francisco Lobello de Oliveira Rocha reconhece a necessidade de ser feita a diferenciação entre princípios, postulados e regras de direito enquanto espécies de normas. Tal necessidade é derivada não do simples desejo de oferecer uma classificação adequada, mas do objetivo de dar tratamento diverso a fenômenos que realmente são distintos.¹²⁴

Citando lições de Roberto Ferraz, o autor alerta para a necessidade de reconhecimento quanto ao caráter universal, imutável e genérico dos princípios, bem como a

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 912-913.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 25.

natureza restrita, pontual e específica das regras, de modo que não se confira a um o tratamento devido apenas ao outro, sob pena de uma indevida sacralização da Constituição ou relativização de princípios magnos.¹²⁵

De maneira mais técnica, o autor toma emprestadas definições apresentadas por Humberto Ávila para quem os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade. Diante disso, a aplicação dos princípios estaria sempre a demandar uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras, por sua vez, são entendidas como normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência. Assim, para sua aplicação exige-se a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes.¹²⁶

As referidas definições são de importância incontestável no estudo da matéria dos concursos públicos, eis que o sistema jurídico brasileiro contém pouquíssimas regras com vistas a disciplinar diretamente a matéria. Assim, o assunto tem recebido maior atenção da doutrina e jurisprudência, que tendem a enunciar normas de cunho principiológico.

Feitas tais constatações, é possível tratar especificamente dos princípios voltados à instituição do concurso público. Observa-se primariamente que são eles também os princípios que fundamentam a existência e atuação da Administração Pública brasileira, razão pela qual é seguro afirmar que a seleção dos agentes públicos por meio dos concursos públicos representa um dos pilares em que se sustenta o Estado Democrático de Direito tal como é conhecido.

¹²⁵ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 25.

¹²⁶ *Ibidem*.

2.2 Princípios aplicáveis ao concurso público

Viu-se que a Constituição Federal confere uma alta carga principiológica à disciplina dos concursos públicos, tanto que se fez possível a aplicação do instituto por reiteradas vezes sem que existisse um arcabouço de regras a ele especificamente voltado. Tais princípios, entretanto, não são expressamente voltados à instituição dos concursos públicos; antes, são aplicados diretamente à própria Administração Pública e apenas reflexamente aos concursos públicos.

Exemplo manifesto disso é o princípio da isonomia. Luciano Ferraz ensina que o concurso público representa nada mais que “expressão concreta do princípio da isonomia” e é indispensável à República.¹²⁷ No entanto, o enraizamento do referido princípio dentro da Administração torna-o fundamento de todos os demais institutos próprios do Poder Público e o torna vasto demais para ser apreciado detidamente em uma obra que tem por objeto apenas um desses institutos.

É razoável dizer que a análise de toda matéria deve passar por seus fundamentos principiológicos, sob pena de ser feita de maneira incompleta ou mesmo equivocadamente alicerçada. A estrutura em que o sistema jurídico-administrativo brasileiro dos concursos públicos mostra-se afixada torna tal análise ainda mais importante, uma vez que quase não há regras a ele referidas. Assim, o assunto acha-se abalizado quase que exclusivamente pelas orientações principiológicas analisadas ao longo do presente capítulo.

2.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade constitui a base jurídica não apenas do instituto do processo administrativo, mas também, e principalmente, do próprio ramo da ciência jurídica

¹²⁷ FERRAZ, Luciano. **Direito municipal aplicado**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 131.

conhecida como direito administrativo – porque relacionado intimamente à instalação, vigência e devido funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que o princípio da supremacia do interesse público é indispensável à existência de qualquer Estado, qualquer organização de poder que seja dotada de soberania e que se caracterize pela apresentação dos elementos próprios de pessoa estatal. No entanto, o princípio da legalidade só poderá existir em um contexto oportunizado pelo Estado de Direito, ou seja, aquele Estado que prime pela fixação de leis e determine a sua obediência, aplicando punições contra aqueles que as descumprirem – sejam eles quem forem, inclusive se isto significar a punição de órgãos e entidades componentes do próprio Estado. Assim, como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade qualifica e identifica o Estado de Direito.¹²⁸

O autor ainda aponta a relevância do fato de o Estado de Direito haver possibilitado a formação do Direito Administrativo, como uma consequência sua. Na verdade, a atividade administrativa pública tem como um de seus traços fundamentais a submissão às normas jurídicas que a orienta. Tem-se por conclusão o fato de que o exercício da Administração Pública não é mais do que a expedição de ordens destinadas a meramente complementar a vontade do legislador.¹²⁹ Não fosse assim, e o Estado compreenderia apenas uma classe de privilegiados com o poder e com o produto da arrecadação tributária, mas sem nenhum compromisso formalizado com a busca do interesse público.¹³⁰

Era este mesmo o propósito a ser alcançado com o estabelecimento do Estado de Direito em lugar dos Estados Nacionais absolutistas: a busca da responsabilidade estatal frente à vontade da lei. O Poder Executivo passa a ser visto como um servo do interesse coletivo, que se faz enunciado nas normas jurídicas. Não cabe ao administrador inovar nesse universo, mas apenas promover uma interpretação adequada de tais normas, cumprindo o que estabelecem.

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 97.

¹³⁰ A propósito, era esta, em geral, a configuração dos Estados Nacionais europeus desde a Idade Média até o início da Idade Contemporânea.

Assim é que, consoante explana Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade destina-se a combater todo tipo de personalismo estatal, toda espécie de exercício autoritário do poder, toda forma de oligarquia, poder monocrático ou relação de submissão entre o governante e o povo. Os comandos a serem obedecidos, tanto pela autoridade quanto pelos demais cidadãos, são aqueles estabelecidos em regras jurídicas que, por isso mesmo, têm como característica essencial a impessoalidade.¹³¹

Realmente, como visto alhures, a existência de normas jurídicas justas e a verdadeira obediência a elas – assim pelos cidadãos, como pelo próprio Estado – foi um dos pontos principais reclamados pelas primeiras gerações de direitos humanos, assim como a existência de relações processuais justas em seara judicial. No contexto do processo administrativo, o que abarca o concurso público, não poderia ser de outra forma.

Para Luciano Ferraz, outra atribuição do princípio da legalidade está em estabelecer paradigmas para que se realize o controle e a avaliação do funcionamento dos “aparatos de poder”, de modo que as ações administrativas só gozam de legitimidade quando estão em consonância com o estabelecido pelas normas legais.¹³²

O princípio em questão vem expressamente reconhecido, em sede administrativa,¹³³ pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, de forma específica, pelo art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, encarregada de tratar do processo administrativo em âmbito federal. A necessária conclusão é a de que a função administrativa no Brasil está intrinsecamente vinculada ao que dispõe a lei, e limita-se tão-somente a colocar em prática o disposto nos compêndios normativos. Apesar disso, neste ponto o princípio sofre exceções, que estão previstas expressamente na própria lei, o que só faz confirmar a regra.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

¹³² FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e auditorias de programas. In: MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano. (Coord.). **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155-166.

¹³³ Celso Antônio Bandeira de Mello cita ainda como localizações constitucionais do princípio da legalidade os arts. 5º, II; 37; 84, IV. Há de se levar em consideração que a legalidade aplicada ao administrador só se verifica no último caso, em que se trata da função administrativa do Presidente da República (MELLO, *op. cit.*, p. 97).

A aplicação do princípio da legalidade tem como objetivo subordinar completamente tanto o processo administrativo quanto o procedimento que vise à organização do concurso público aos ditames da lei, tendo, pois, como escopo principal, coibir arbitrariedades e excessos dos administradores públicos. O fato de a interpretação do princípio da legalidade, por parte do administrador, ter uma essência distinta daquela a ser realizada pelo cidadão comprova tal função do princípio.

Nas célebres palavras de Hely Lopes Meirelles, o administrador não tem vontade própria e, por isso, só lhe é permitido fazer o que autorizado em lei, ao contrário do que ocorre com o administrador particular, a quem é permitido fazer tudo o que a lei não proíba. Assim, para o administrador público, a lei determina o que deve ser feito; para o particular, determina o que pode ser feito.¹³⁴

No mesmo viés, Carlos Ari Sundfeld delega ao agente público a mera posição de intermediário entre a lei e o ato administrativo. Tal intermediação é feita apenas na medida necessária a garantir que a vontade legal abstrata concretize-se por meio do ato. Por tal razão, a própria lei deverá estar munida de garantias para que a ação espelhe fielmente a vontade legal.¹³⁵

Não obstante a sua importância, o princípio da legalidade admite exceções. As exceções, entretanto, só podem ser determinadas pelo diploma que instituiu o próprio princípio, qual seja, a Constituição da República. Em nível federal, ali se enumeram três delas: 1) o estado de sítio; 2) a edição de medidas provisórias; 3) o estado de defesa. Em quaisquer dessas hipóteses, o administrador poderá adotar providências não necessariamente previstas na legislação regulamentadora, desde que haja obediência aos limites constitucionais pré-fixados, sejam eles de natureza formal ou material. Tais providências podem até mesmo invadir o âmbito do concurso público que visa regular, cabendo submeter os possíveis abusos à apreciação judicial.

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82.

¹³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 84, p. 65, 1987.

De toda maneira, é preciso ter em consideração que o princípio da legalidade assume importância ímpar no ordenamento, e suas exceções – mesmo que constitucionalmente previstas – só encontram justificativa em caso de constatação de real necessidade.

2.2.2 Princípio da impessoalidade

A aplicação de tal princípio resume-se em que a função administrativa não deve privilegiar uma pessoa específica; em vez disso, o seu objetivo deve ser o atendimento ao interesse público.

O princípio da impessoalidade inclui duas faces, cada uma relativa a dois outros princípios.¹³⁶ Quando a Administração dispensa tratamento idêntico a pessoas na mesma situação jurídica, sem atribuir privilégios, há respeito ao princípio da isonomia¹³⁷. Noutro compasso, quando cuida de interesse que não é exclusivamente privado, atende ao princípio da finalidade. Nota-se, portanto, que o princípio da impessoalidade está relacionado a esses dois outros corolários constitucionais, apesar de que a finalidade, por si, não está expressamente incluída entre aqueles princípios indicados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal¹³⁸.

Por tal motivo, quando a Administração tenciona a realização de um interesse privado, há desvio de finalidade, o que se explica pela violação tanto da impessoalidade quanto da finalidade.

¹³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19-20.

¹³⁷ Vislumbrando esta função do princípio da impessoalidade, Dallari e Ferraz chamam-no de princípio da igualdade (DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53).

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal** (Comentários à lei nº 9.784/99). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

O princípio da finalidade é expressamente enumerado no art. 2º e parágrafo único, II, da Lei nº 9.784/99. Assim, sua importância não pode ser ignorada quando da confecção de um trabalho que se debruce sobre aplicações do processo administrativo no Brasil. Tal princípio pretende garantir que os atos da Administração estejam sempre em sintonia com o interesse público – daí porque se faz umbilicalmente ligado aos princípios da impessoalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. Ao fazer reminiscência à finalidade, o legislador acolhe também a impessoalidade.

O princípio da impessoalidade também protege a Administração e a coletividade contra favorecimentos pessoais ou prejuízos a pessoas só pelo fato de não se alinharem com o grupo político no poder. Por outro lado, dentro de um processo administrativo, deve ser levado em conta que o julgador é, ao mesmo tempo, parte e juiz. Por isso, nestes casos, o princípio da impessoalidade deve receber um destaque ainda maior, promovendo-se uma compensação por meio de uma atuação completamente neutra por parte da Administração¹³⁹.

Exemplos da aplicação deste princípio podem ser vistos na exigência de licitação para firmar contratos administrativos, e de realização de concurso público para provimento de cargos¹⁴⁰. À vista de tais considerações, a apreciação deste princípio no presente trabalho é indispensável.

2.2.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade acumula alta carga de subjetividade, uma vez que coage o Poder Público à obediência de valores éticos. Entre tais valores, cabe citar a a boa-fé

¹³⁹ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110.

e a lealdade¹⁴¹. Imoral, deste modo, é a conduta que fere a consciência coletiva do que é justo, e do que representa um comportamento aceitável em sociedade.

A subjetividade imputada a este princípio pode, em algumas oportunidades, trazer dificuldades à sua aplicação. Por tal motivo, o Poder Judiciário, quando provocado para analisar a decisão administrativa, deve tomar as cautelas necessárias com vistas a evitar a apreciação de questão relativa ao mérito administrativo¹⁴².

Apesar da subjetividade verificada em princípio, as consequências que acompanham a violação da moralidade administrativa são assaz concretas, e advêm do uso costumeiro da Administração em benefício próprio das autoridades, ocorrido tantas vezes no passado¹⁴³. Entre tais consequências, destaca-se a imputação de crime de responsabilidade ao Presidente da República, quando há atentado à probidade (art. 85, V, da Constituição da República Federativa do Brasil), conceito que certamente enquadra-se na moralidade. Para o servidor público em geral, a violação à moralidade pode render, além da perda da função, a suspensão de direitos políticos, indisponibilidade dos bens e ressarcimento aos cofres públicos (art. 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Percebe-se, destarte, que no Brasil o princípio da moralidade adotou roupagem bem concreta, que disfarça o seu caráter eminentemente subjetivo. Tal fato decorre certamente das experiências negativas tidas pelos cidadãos brasileiros com os desmandos das autoridades, importando num alto grau de efetividade dessa garantia.

¹⁴¹ A boa-fé é erigida à condição de princípio autônomo por Dallari e Ferraz (DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81).

¹⁴² Dallari e Ferraz (ibidem, p. 69) citam exemplo da condenação por improbidade de um advogado contratado pelo Município para promover a defesa de seu prefeito contra acusação de promoção de despesa irregular. Trata-se de uma clara hipótese em que a aplicação do princípio da moralidade foi levada ao absurdo, pois ele não prevalece sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa. Se mesmo o reconhecidamente culpado tem direito à defesa técnica, quanto mais aquele que sofre mera acusação, ainda que no futuro a condenação se confirme. No Brasil, face à onipresença dos meios de comunicação de massa e à frequência de divulgação de casos de corrupção, o juiz pode se ver tentado à aplicação inadequada desse princípio, para satisfazer ao clamor público. Em nome da justiça, deve resistir bravamente a essa tentação.

¹⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

O princípio da moralidade é reconhecidamente importante no âmbito do processo administrativo brasileiro, tanto que encontra reminiscência expressa no art. 2º e parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784/99.

Para o caso específico do concurso público, a moralidade assume ares de importância curial. Afinal, foi exatamente por desapego ao referido princípio que historicamente o que mais se viu em nosso país foi a adoção de critérios escusos para contratação de pessoal pelo Poder Público.

2.2.4 Princípio da publicidade

Inicialmente, o princípio da publicidade visa assegurar que seja dado amplo conhecimento às decisões judiciais, tanto às partes envolvidas na relação processual quanto aos demais cidadãos, ressalvado o caso de necessário segredo de justiça – em homenagem ao decoro ou ao interesse social –, na forma da lei. Sob esse aspecto, o princípio vem consagrado pela Constituição Federal, em seus arts. 5º, LX, e 93, IX.

Nas palavras de Cintra, Dinamarco e Grinover, “o povo é o juiz dos juízes”.¹⁴⁴ Nesse contexto, a publicidade das decisões garante a ampla fiscalização dos órgãos jurisdicionais, de modo que os seus atos não sejam promovidos ao arrepio da norma jurídica a que devem respeitar.

Os mesmos autores apontam que o princípio da publicidade das decisões encontra guarida expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem, presente como está em seu art. 10º. Trata-se, portanto, de um princípio essencial à garantia dos direitos da cidadania.

¹⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69.

Em tema de processo administrativo, o que vale também para o concurso público, a publicidade constitui verdadeira vedete principiológica, em se considerando que sem ela não se faz possível garantir a transparência mínima necessária aos atos praticados, nulificando por completo todo o procedimento.

2.2.5 Princípio da eficiência

Correspondente brasileiro do princípio da “boa administração” italiana¹⁴⁵, o princípio da eficiência visa a assegurar que as ações da Administração serão praticadas dentro de um contexto de qualidade do serviço prestado e atualização tecnológica¹⁴⁶. Além disso, é necessário oferecer meios para que o destinatário dos serviços públicos possa contribuir para sua melhoria, conferindo-lhe direitos e deveres, assim como oportunidades para apresentar reclamação.

A aplicação prática do princípio da eficiência inclui desde a criação de órgãos de ouvidoria, em concessionárias de serviços públicos, passando pela adoção de formas inteligíveis e que visem mais resultados com menos burocracia, até a implementação do princípio da razoável duração do processo, aplicável, por disposição constitucional expressa, também ao processo administrativo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil). Deste modo, em face da mudança imposta pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a Administração tornou-se obrigada, quando em curso processo administrativo, não apenas a seguir o disposto em lei, mas também a fazê-lo em tempo razoável.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.118.

¹⁴⁶ Carvalho Filho apresenta uma definição bem sintética para o princípio: “No processo administrativo, o princípio da eficiência há de consistir na adoção dos mecanismos mais céleres e mais convincentes para que a Administração possa alcançar efetivamente o fim perseguido através de todo o procedimento adotado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal** (Comentários à lei nº 9.784/99). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60).

Ao relacionar-se com o princípio da duração razoável do processo, o princípio da eficiência também se interliga com o princípio da segurança jurídica¹⁴⁷ – pois é certo que um processo que se arrasta por anos sem fim acaba por prejudicar a aplicação da lei respectiva. Ambos os princípios encontram acolhida expressa pela Lei de Processo Administrativo Brasileiro (art. 2º, *caput* e parágrafo único, IX, da Lei nº 9.784/99).

João Batista Gomes Moreira compara a aplicação do princípio da eficiência nos concursos públicos àquela vista nos processos licitatórios, impondo a equalização entre a isonomia a ser observada entre os candidatos e a obtenção de recursos humanos de qualidade para a consecução da atividade estatal.¹⁴⁸

Válido é então dizer que no âmbito dos concursos públicos, o princípio da eficiência justifica a adoção de medidas que impedem o acesso aos cargos públicos por pessoas sem o mínimo de instrução necessária para o seu bom exercício. É o caso, por exemplo, da fixação de uma nota mínima para a aprovação – a denominada nota de corte –, que impede o acesso a cargos menos disputados por indivíduos claramente incapazes de exercê-los.

2.2.6 Princípio da acessibilidade aos cargos públicos

Segundo Márcio Cammarosano, o princípio da acessibilidade permite a todos os brasileiros a igual oportunidade de ingresso no serviço público, uma vez preenchidos os requisitos legais aplicáveis.¹⁴⁹

¹⁴⁷ A exemplo do que ocorre com o princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica liga-se não apenas ao processo administrativo, mas “deve inspirar todo o mundo jurídico” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal** (Comentários à lei nº 9.784/99). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57).

¹⁴⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência nos concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 130.

¹⁴⁹ CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 47.

O autor acrescenta que o princípio da acessibilidade aos cargos públicos originou-se na Revolução Francesa, como manifestação dos princípios democrático e da isonomia. De fato, o tratamento igualitário daqueles que disputam um cargo público deve ser entendido como uma medida elementar dentro do Estado Democrático de Direito.¹⁵⁰ No mesmo norte, Cármen Lúcia Antunes Rocha reconhece que o princípio da acessibilidade deriva-se dos princípios democráticos inerentes ao Estado de Direito, entre eles o da participação política, o republicano e o da igualdade jurídica.¹⁵¹

Adilson Abreu Dallari ressalta que tal direito é tão relevante que se encontra defendido pela Declaração Geral dos Direitos Humanos de 1948.¹⁵² Assim, entre os direitos humanos, a acessibilidade aos cargos públicos classifica-se como de primeira geração, pois compreende manifestação do princípio da igualdade jurídica.¹⁵³

Na Constituição de 1988, tal direito encontra-se previsto no art. 37, I, que, segundo Márcio Cammarosano, classifica-se como norma de eficácia contida, uma vez que a efetiva produção de efeitos depende do estabelecimento dos requisitos legais em questão. Mesmo assim, o autor alerta para a necessidade de que a lei, ao fixar tais requisitos, obedeça aos princípios da isonomia.¹⁵⁴

Logo, não é dado ao legislador fixar ao seu deleite qualquer requisito limitador do ingresso no serviço público. Tal medida deverá ser fundamentada racionalmente, sob pena de inconstitucionalidade do ato legal. Quanto ao administrador, compete a este apenas atender ao disposto em lei, não lhe sendo permitido lançar no edital do concurso público requisitos de ocupação do cargo aos quais a lei não dá guarida.¹⁵⁵

¹⁵⁰ CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 43-45.

¹⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 144.

¹⁵² DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 28.

¹⁵³ ROCHA, op. cit., p. 151.

¹⁵⁴ CAMMAROSANO, op. cit., p. 47.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 48.

Pelas mesmas razões, não cabe a regulamentos, portarias e outras espécies de atos infralegais estabelecer requisitos de ocupação de cargo público. A esse respeito, o STF editou a Súmula 14, reputando inadmissível restrição de idade para ocupação de cargo público por meio de ato administrativo.¹⁵⁶

Adilson Abreu Dallari postula que a ampla acessibilidade aos cargos públicos só pode admitir exceções em casos de comprovada impossibilidade material ou fundamentadas na própria natureza do serviço prestado, assegurando-se a incidência de interpretação restritiva para os casos excepcionais.¹⁵⁷

O autor aduz ainda que a realização do concurso público com ampla publicidade é uma forma de ficar garantida a aplicação do princípio em comento. Isso porque, além de a inscrição para o certame ser aberta a qualquer pessoa, o concurso público é organizado de modo a dar conhecimento maciço à população, e o seu edital pode ser facilmente impugnado acaso contenha limitações de exercício do cargo que se revelem ilegais ou desarrazoadas. Noutros termos, o concurso público é instrumento para a consecução dos princípios da isonomia e da impessoalidade, dos quais a acessibilidade aos cargos públicos deve ser considerada uma derivação.¹⁵⁸

Cármen Lúcia Antunes Rocha ressalta outra faceta do princípio da acessibilidade aos cargos públicos: o oferecimento de iguais oportunidades a todos os cidadãos, pondo fim a conveniências, privilégios, preconceitos ou outros elementos que não se refiram à qualificação exigida para o melhor desempenho da função pública. A autora vai além, ressaltando a obrigação do Estado não apenas de selecionar os mais aptos ao exercício da função, mas também de oferecer a capacitação necessária à concretização de tal aptidão.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Aprovada em 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jul. 2011.

¹⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 27-28.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 36-37.

Na verdade, o preconceito mais perigoso é o que grassa inaparente, com a manutenção de séculos de injustiça social.¹⁵⁹

2.2.7 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se inter-relacionam, cuidam da necessidade de o administrador aplicar medidas adequadas aos objetivos a serem alcançados. De fato, os efeitos e consequências do ato administrativo adotado devem ser proporcionais ao fim visado pela Administração, sem trazer prejuízo desnecessário aos direitos dos indivíduos envolvidos e à coletividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que o franqueamento de discricionariedade ao administrador não significa que ele esteja dispensado da escolha da alternativa que melhor represente o interesse público. De forma alguma, portanto, é válido admitir que o administrador aja segundo seus humores, paixões pessoais ou critérios exclusivamente seus.¹⁶⁰

Segundo Luís Roberto Barroso, a razoabilidade pretende atestar que o ato administrativo verificado era suficiente e adequado para atender à necessidade da Administração, no caso em concreto. Assim, não é dado ao administrador adentrar na esfera de direitos individuais mais do que o necessário para conseguir o efeito pretendido, motivo pelo qual os atos administrativos que excedem a essa medida devem ser invalidados. Da mesma maneira, aqueles atos que não guardam vínculo entre o fim perseguido e o meio empregado não possuem razoabilidade. Em último plano, cumpre investigar se a adoção do

¹⁵⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105.

ato não trouxe mais prejuízos que benefícios, o que se entende por proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶¹

O princípio da razoabilidade também é tratado pela doutrina como sinônimo do princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Pedro Lenza, este princípio tem vasta importância no momento de ser estabelecida a compatibilização entre dois valores constitucionais distintos, pois, como visto, busca perquirir qual é o menos gravoso.¹⁶² Não obstante, também pode ser aplicado em seara infraconstitucional. É o que nos demonstra a redação do art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, e, mais especificamente, o seu inciso VI, que faz expressa remissão à “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Dito comando, fácil ver, constitui verdadeira aplicação da proporcionalidade em sentido estrito.

Enfim, consoante Éder Sousa, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são aqueles a serem aplicados quando da avaliação de critérios específicos de seleção como a idade máxima para ingresso no cargo. Assim, não é razoável nem proporcional determinação editalícia que exija tal idade quando as atribuições do cargo não demandem vigor físico.¹⁶³

Por todas as razões aqui invocadas, fico certo que os organizadores de concursos públicos devem fazer análise criteriosa das funções a serem exercidas pelos futuros ocupantes dos cargos em disputa, antes da fixação de quaisquer requisitos adicionais para a aprovação. É dizer, a necessidade de realização de provas físicas, a indicação de quais atividades comporão tais provas, a aplicação de testes psicológicos e outras medidas porventura contempladas no edital deverão guardar extrema conformação com as atribuições típicas dos cargos disputados. Inexistindo tal conformação, a exigência também não poderá existir.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

¹⁶² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

¹⁶³ SOUSA, Éder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 32-33.

2.2.8 Princípio da supremacia do interesse público

Tratado pela doutrina como o fundamento de todo o direito administrativo na forma exercida nos Estados Democráticos ocidentais, a observância de tal princípio assegura que as ações do administrador sempre serão pautadas tendo como última razão o bem-estar e a vontade do povo.¹⁶⁴

Com base nisso, é possível afirmar que todos os demais princípios administrativos, assim como os atos da Administração, passam necessariamente pela observância da supremacia do interesse público. Daí ser possível o emprego da expressão *superprincípio* para designá-lo.¹⁶⁵

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público não é aquele que se separa absolutamente dos interesses privados, senão corresponde a apenas uma dimensão de tais interesses particulares. Para comprovar a veracidade dessa assertiva, basta indagar se é possível existir um interesse público que discorde de todos os interesses manifestados por cada particular. A resposta é negativa. Se o interesse é público, sempre haverá alguém que com ele concorde. Do contrário, estar-se-ia negando uma verdade universal, qual seja, a de que o todo se compõe da natureza da parte.¹⁶⁶

Com isso, torna-se forçoso concluir que existe uma relação íntima entre o interesse público e o interesse particular. Essa relação é profunda ao ponto de ter dito Celso Antônio Bandeira de Mello que o interesse público é nada mais que a dimensão pública dos interesses individuais. Um exemplo disso é o que ocorre quando uma pessoa torna-se obrigada a atender servidão administrativa imposta a imóvel seu. A pessoa pode ser contrária à servidão administrativa naquela hipótese, mas não pode oferecer oposição à servidão

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

¹⁶⁵ A exemplo disso, Dallari e Ferraz empregam a palavra para descrever a segurança jurídica, outro princípio de grande magnitude. (DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50).

¹⁶⁶ MELLO, op. cit., p. 56-57.

administrativa enquanto instituto jurídico, pois ela própria poderá ser beneficiada por tal instituto quando utilizar o aeroporto que funciona em razão da servidão dos imóveis vizinhos.¹⁶⁷

Neste panorama, o autor conceitua o interesse público como sendo aquele que, embora possa também ser qualificado como pessoal, deve ser entendido como pertencente a uma coletividade maior, em que tais pessoas encontram-se inseridas. Assim, tal interesse só encontra justificção ao tornar-se meio de consecução dos interesses sociais atuais e futuros.¹⁶⁸

Estes apontamentos levam à conclusão de que (1) os interesses públicos podem ser processualmente defendidos por particulares, porque, afinal, também a eles pertencem; (2) os interesses públicos não se confundem com os interesses do Estado.

Diante da destacada relevância do interesse público, surge a necessidade de assegurar uma posição privilegiada ao órgão encarregado de cuidar da sua aplicação e conservação. Mais ainda, vem a necessidade de garantir a supremacia de tal órgão, dentro das relações encetadas com os particulares.

A posição privilegiada visa, notoriamente, a facilitar o trabalho do órgão administrativo em assegurar a consecução do interesse público. Como exemplos dessa posição, Celso Antônio Mello cita alguns casos: presunção de veracidade dos atos administrativos; prazos maiores para manifestação do Poder Público, no processo judicial; prazos diferidos de prescrição etc.¹⁶⁹

Já a supremacia representa a posição de autoridade exercida pela Administração Pública em suas relações com os particulares, ainda que tal relação assumam contornos contratuais. Trata-se, pois, de um tratamento completamente diferente daquele experienciado pelos particulares, quando travam relações entre si. Por essa razão, diz-se que a

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 58.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 66-67.

relação entre Administração e particular é *vertical*, enquanto entre pessoas privadas é *horizontal* – ou seja, ambos encontram-se no mesmo plano, e obedecem às mesmas normas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, do cotejo dessas duas dimensões do princípio da supremacia do interesse público, surge a exigibilidade dos atos administrativos e, quando a lei permite, a executoriedade, ou execução de ofício.¹⁷⁰

Para Eder Sousa, o princípio aplica-se especificamente à seleção de mão-de-obra para a Administração quando se verifica que é do interesse público selecionar o melhor candidato dentre os inscritos. Assim, a fixação de critérios desnecessários a atingir tal desiderato é inconstitucional, porque não se encontra em sintonia com a supremacia do interesse público.¹⁷¹

Por outro lado, embora poderoso, o princípio da supremacia do interesse público submete-se a limitações caracterizadas pela sua própria função. Como a Administração visa a atender, exclusivamente, o interesse público, a exigibilidade fundada em interesse privado não se justifica. Neste caso, a Administração fica desprovida de seu poder, pois o mesmo é essencialmente instrumental e só serve à satisfação de interesse de caráter público, coletivo.

Também em função disso, o Estado não pode lançar mão de seus poderes administrativos para atender a interesses que possua enquanto pessoa (interesses secundários), mas que não corresponda ao interesse público (interesse primário). Neste ponto, torna-se relevante a lição de Hugo Nigro Mazzili, em que apresenta a distinção entre o interesse público primário e o secundário. Para o autor, o primeiro refere-se ao bem geral, ao interesse social, enquanto o segundo diz respeito ao interesse próprio da Administração.¹⁷²

Isto explica o fato de que, quando constitui empresas destinadas a atuar no campo econômico, o Estado submete-se aos mesmos regramentos impostos à iniciativa

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 68.

¹⁷¹ SOUSA, Éder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 33.

¹⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44-45.

privada com quem competirá, não podendo invocar as prerrogativas e supremacia próprias da Administração. Porém, não significa que a entidade criada renuncia ao princípio da supremacia do interesse público – até porque a criação de tais empresas pretende atender a uma necessidade de concorrência reclamada pelo próprio interesse público.

2.2.9 Princípio da indisponibilidade do interesse público

A Administração não pode renunciar à consecução do interesse público, seja para atender a necessidades, próprias e conflitantes, da pessoa estatal, seja por qualquer outra razão. Como o próprio nome diz, o interesse público pertence à coletividade, e a Administração é apenas eleita como sua curadora.

Por tais razões, o princípio da indisponibilidade do interesse público constitui, ao lado da supremacia do interesse público, fundamento da Administração Pública contemporânea.¹⁷³

De acordo com Eder Sousa, cabe ao administrador a boa gestão dos interesses públicos, exatamente porque eles pertencem à coletividade e não exclusivamente a alguém. No que pertine aos concursos públicos, a aplicabilidade desse princípio está na necessidade de fixação de critérios e procedimentos para a contratação ou o desligamento de agentes públicos. Se tal ato ocorresse de forma direta, ficaria permitido ao administrador desincumbir-se do interesse público da maneira como bem lhe entendesse e não da forma mais vantajosa para a Administração, o que consiste em violação ao Estado Democrático de Direito.¹⁷⁴

Em conclusão, constata-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público lembra ao administrador que, antes de ser pessoa lançada à celebridade e investida em

¹⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54.

¹⁷⁴ SOUSA, Éder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 34.

poder, na verdade constitui um servidor da vontade coletiva, encarregado de empregar os melhores meios no intuito de colocá-la em prática.

2.2.10 Princípio da igualdade ou isonomia

O princípio da igualdade ou isonomia constitui outro princípio fundamental para o Estado Democrático de Direito e que objetiva garantir a aplicabilidade da lei – desta vez, por igual entre todos. Vem previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal.

Cintra, Dinamarco e Grinover entendem que o princípio da isonomia, em sentido processual, é um pressuposto para assegurar a igualdade das partes perante o juiz. Ou seja, deve-se conferir tratamento equânime a partes e respectivos procuradores, de forma que todos tenham as mesmas oportunidades de formularem as suas razões em juízo.¹⁷⁵

Os autores ainda alertam para a necessidade de serem contrabalançadas juridicamente as desigualdades econômicas, de modo a permitir que tais desigualdades não afetem a necessária igualdade jurídica. Com base nisso é que surgiu o conceito realista de isonomia, que demanda o “tratamento igual aos substancialmente iguais” e, por conseguinte, o tratamento desigual aos desiguais, “justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial”.¹⁷⁶

Ainda, é necessário apontar que, no âmbito do processo, o princípio da igualdade é conduzido pelo conceito da paridade de armas, ou seja, o franqueamento, às partes, dos mesmos meios de apresentação da verdade ao juízo.

¹⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 54.

Neste panorama, o princípio da igualdade tem reflexos importantíssimos para promover o exercício dos direitos decorrentes da cidadania durante o processo. É sua manifestação direta a regra jurídica que confere prioridade de trâmite processual aos feitos que tenham como interessados os maiores de 60 anos de idade, assim como o seu atendimento prioritário em órgãos públicos. É também com base neste princípio que se defende a prevalência do interesse de portadores de necessidades especiais, gestantes, lactantes e mães com crianças de colo, tendo em vista a indisfarçável fragilidade de sua situação frente aos demais.

Observa-se, assim, que o contrapeso entre interesses diversos, promovido pelo princípio da isonomia, é essencial para garantir a existência de cidadania entre os habitantes de um Estado.

Tais fundamentos também se aplicam ao concurso público, tanto porque este se revela como uma sequência de encadeamento lógico de atos, quanto porque impõe a contraposição de candidatos com o mesmo interesse e preparo diverso. Portanto, é preciso conferir aos candidatos idênticas oportunidades, a fim de que possam demonstrar as capacidades requeridas para o bom exercício do cargo público em disputa, sob pena de haver um prejuízo ao interesse público, consistente na falta de verificação adequada e de seleção eficaz dos realmente mais capazes. A esse propósito, Adilson Abreu Dallari afirma que o princípio da isonomia decorre diretamente do princípio republicano, devendo, portanto, servir para o norteamento da interpretação de qualquer dispositivo, aí incluso o art. 37, II, da Constituição, que trata da exigibilidade de concurso público para investidura em cargos ou empregos.¹⁷⁷

¹⁷⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 92-93.

Éder Sousa ressalta que o princípio da isonomia não proíbe a realização de discriminações entre os candidatos. O que não se deve permitir é o oferecimento de tratamento diferenciado a um dos postulantes, em detrimento dos demais.¹⁷⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta, além disso, que a obediência ao princípio da igualdade não implica apenas no reconhecimento da lei (ou, no caso dos concursos, do edital) como comando normativo genérico, aplicável a todos os candidatos. Devem estar presentes, ainda, outros três requisitos. O primeiro deles é o tratamento da isonomia como fator de desigualação. Noutras palavras, a análise daquilo que diferencia uns candidatos de outros faz-se indispensável. O segundo é a verificação racional das justificativas para a aplicação do tratamento jurídico que trata desigualmente as pessoas, de acordo com o fator de desigualação. O terceiro, enfim, é a paridade entre essa verificação racional e as normas trazidas pelo sistema constitucional ou, em outras palavras, a análise da harmonia entre o suposto tratamento isonômico e a Constituição. Seguindo esse caminho, é possível verificar se há ou não desrespeito à isonomia.¹⁷⁹

Com suporte nessa verificação, Éder Sousa afirma que é possível o malferimento do princípio da isonomia por determinadas exigências que, muito embora estejam previstas em edital e revelem-se, portanto, genéricas, sejam também aleatórias, irracionais ou mesmo desnecessárias.¹⁸⁰

Adilson Abreu Dallari vai além, entendendo que só diante do caso concreto será possível verificar a constitucionalidade ou não de dada exigência editalícia, razão pela qual não há uma solução mágica para de antemão viabilizar a aplicação da isonomia. Na

¹⁷⁸ SOUSA, Éder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 34.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21-22.

¹⁸⁰ SOUSA, op. cit., p. 37.

verdade, a sua observação deve ser feita com auxílio da aplicação do princípio da razoabilidade, o que implica a adoção do bom senso quando da fixação das regras do edital.¹⁸¹

Assim, em arremate, vislumbra-se que a aplicação do princípio da isonomia aos concursos públicos demanda a atenção do administrador quanto à razoabilidade e à proporcionalidade, bem como as peculiaridades do caso concreto. Somente assim será possível solucionar com justiça as questões e problemas advindos com a seleção.

2.2.11 Princípio da vinculação ao edital

Tal princípio vem originalmente previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, no entanto, tendo em vista que os concursos públicos, assim como as licitações, são divulgados por meio de publicação de edital, é indisfarçável a aplicação desse princípio também para as seleções de pessoal.

Para Fabrício Motta, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório representa uma faceta dos princípios da legalidade e da moralidade. Legalidade porque o edital possui natureza jurídica de ato normativo e, como tal, tem o poder de vincular tanto a Administração quanto os demais candidatos. Moralidade porque as previsões do edital devem estar vinculadas não apenas ao que dispõe a lei, mas também aos princípios de boa-fé e padrões éticos admitidos pela sociedade. Outrossim, a própria obediência às regras estabelecidas pelo edital, por parte da Administração, constitui reflexo da aplicação do princípio da moralidade, pois é imoral que o Poder Público estatua uma coisa no instrumento convocatório e, depois, realize outra.¹⁸²

¹⁸¹ DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 97-98.

¹⁸² MOTTA, Fabrício. **Concurso público e a confiança na atuação administrativa**: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 143-146.

O autor ainda alerta para o fato de que, assim como ocorre nas licitações, a publicação do edital demanda a obediência de suas regras por parte tanto da Administração quanto dos indivíduos, de modo que se estabeleça o vínculo jurídico necessário à formação de direitos e obrigações.¹⁸³

Tudo isso justifica que: a) o edital não traga exigências que extrapolem aos comandos legais; b) as alterações do edital, posteriores à sua publicação, sejam possíveis, desde que sucedidas de ampla divulgação, inclusive com reabertura de prazos; c) no entanto, não se admite alteração de critérios relativos à correção de provas e atribuição de pesos, bem como ao número de vagas originariamente previsto, sob pena de nulidade; d) as regras do edital devem ser respeitadas pela Administração, não lhe sendo lícito o emprego de ardis interpretativos para fugir de sua aplicação.¹⁸⁴

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório eleva o edital à condição de norma padrão a reger o concurso público, de forma a propiciar tratamento publicamente isonômico entre todos os candidatos. Portanto, sua observância é essencial com vistas a instrumentalizar a aplicação dos princípios da publicidade e, especialmente, da isonomia.

2.2.12 Princípio da motivação

Em conformidade com o art. 2º, VII, da Lei nº 9.784/99, o administrador público deverá promover, na prática do ato, a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão”. Noutras palavras, é indispensável a motivação dos atos administrativos, sejam eles praticados ou não em concatenação, ou dentro de um processo administrativo.

¹⁸³ MOTTA, Fabrício. **Concurso público e a confiança na atuação administrativa**: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 146.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 147.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a motivação do ato administrativo representa a sua exposição de motivos, ou, melhor dizendo, constitui o conjunto de argumentos que constituem a sua fundamentação. Para o autor, a motivação compõe-se de três elementos: a norma jurídica; os fatos que fundamentaram a decisão; o nexo de causalidade entre tais fatos e o ato administrativo praticado.¹⁸⁵

Ainda para o mesmo autor, a existência de motivação para o ato, contemporânea ou anterior à sua prática, depende da natureza jurídica do mesmo ato. Tratando-se de ato discricionário, a Administração está livre para avaliar a sua realização segundo os critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, na medida do que dispuser a lei. Entretanto, se o caso for de ato vinculado, o administrador só estará dispensado de realizar a apresentação prévia da motivação se a mesma permanecer indisfarçável por momentos posteriores. Diante disso, conclui que o art. 2º, VII, da Lei nº 9.784/99 não generaliza o dever de motivar, até porque o art. 50 do mesmo diploma indica expressamente os casos em que os atos administrativos deverão ser motivados.¹⁸⁶

A importância do princípio da motivação para assegurar os direitos de cidadania é patente; afinal de contas, é por meio desse princípio que se garantirá o pleno vínculo entre o ato praticado e a justiça. Tanto é assim que o Poder Judiciário poderá anular atos de motivação insuficiente ou mesmo inexistente. Tal anulação pode ocorrer mesmo que a motivação seja dada em momento tardio, desde que ela não seja satisfatória – até porque, em momento posterior, a Administração poderia fabricar motivos para o ato.¹⁸⁷

Para Fabrício Motta, outras consequências da aplicação do princípio da motivação são: a) a correção das provas deve ser motivada, assim como as decisões de atribuição de notas a documentos, títulos e recursos, inclusive com a indicação dos critérios adotados; b) as provas orais devem ser acompanhadas por algum meio de registro idôneo, tanto para possibilitar a fundamentação de eventual recurso quanto para sua apreciação em

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 380-381.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 382-384.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 109.

juízo; c) tal motivação sempre deve ser realizada em consonância com as disposições da lei e do edital.¹⁸⁸

O STF editou a Súmula 684, determinando de forma decisiva a motivação dos atos praticados durante a seleção.¹⁸⁹ De outro modo não poderia mesmo ser. Afinal, sendo o concurso público um conjunto concatenado de atos administrativos, é intuitiva até a aplicação do princípio da motivação em seu bojo.

¹⁸⁸ MOTTA, Fabrício. **Concurso público e a confiança na atuação administrativa**: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 151.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 684. É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público. Aprovada em 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=684.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

3 RITO PROCEDIMENTAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS

Apesar de inexistir, conforme já ressaltado, norma específica acerca da elaboração de concursos públicos, a autoridade administrativa que pretender realizar a admissão de pessoal deverá, antes mesmo de publicar o edital, atentar para uma série de particularidades. Assim acontece por força da incidência indireta de normas sobre a admissão e o controle das despesas com pessoal.

Por tal razão, o procedimento relativo aos concursos públicos é inicialmente dividido em fases interna e externa, estando esta última subdividida conforme as etapas a serem vencidas. É o que se passa a analisar.

3.1 Fase interna

Inicialmente, é necessário que a Administração identifique as dificuldades advindas da falta de pessoal, bem como a existência de cargos vagos a serem preenchidos por meio do concurso público. Isto se faz por meio da apresentação de justificativas por parte dos setores administrativos afetados.¹⁹⁰

As justificativas aqui referidas servem para comprovar a necessidade de realização do concurso público. Deverão elas indicar não só os setores da Administração que carecem de incremento em seu quadro de pessoal, mas também as atribuições exatas a serem futuramente exercidas pelos aprovados no concurso público. Assim, ficarão desde logo definidos os cargos ou empregos públicos que serão colocados em disputa, bem como a quantidade de vagas disponíveis.

¹⁹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Concursos públicos e o TCE. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 153, 2010.

Será também preciso que a Administração não se descuide do conteúdo de dois importantes diplomas legais, que, embora não tratem especificamente de concurso público, contêm prescrições que deverão ser observadas. A análise sucinta desses dois diplomas legais e suas implicações para a realização de concursos públicos será feita doravante.

3.1.1 O art. 73, V, da Lei n° 9504/97 e seus reflexos sobre os concursos públicos

Reinaldo Moreira Bruno ressalta que a autorização para a realização do concurso público deverá ser precedida pela análise do disposto no art. 73, inciso V, da Lei n° 9504/97, mais conhecida como Lei das Eleições.¹⁹¹

De fato, pela dicção do art. 73, inciso V, alínea “c”, da Lei n° 9504/97 o administrador está proibido de realizar a nomeação de candidato aprovado em concurso público, se o mesmo não for homologado até três meses antes do pleito eleitoral a ser realizado na circunscrição administrativa que dirige. A vedação prevalece até a posse dos eleitos. O objetivo do legislador foi, claramente, evitar que o agente político dê ao concurso público uma nuance eleitoreira, deixando para organizá-lo apenas às vésperas das eleições, à revelia da necessidade de contratação de agentes públicos e do prejuízo ao princípio da eficiência.

A proibição não se trata de regra absoluta, pois a própria norma excepcionou as nomeações para os cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e dos órgãos da Presidência da República (art. 73, inciso V, alínea “b”, da Lei 9504/97). Roberto Amaral e Sérgio Sérulo da Cunha deploram a opção do legislador alertando que teria sido construída uma “topografia do fisiologismo” na qual não foram incluídos os referidos entes, embora jamais tenham estado eles à margem desse vício,

¹⁹¹ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 86. Na verdade, o autor afirma que a lei veda a realização de concurso público no período, mas não é esta a interpretação literal, tendo em vista que, nos termos da lei, só há a vedação de homologação de concurso já finalizado.

exercendo o nepotismo com desenvoltura. Isso para não lembrar a situação da Presidência da República, cujo titular pode ser candidato à reeleição, mais se avolumando então a necessidade de controle.¹⁹²

Discutiu-se por algum tempo quanto à correta interpretação a ser dada à vedação imposta pelo dispositivo sob enfoque, uma vez que sua redação atrelou a proibição à área de circunscrição do pleito.

Atualmente, está pacificado que circunscrição deve corresponder ao âmbito das eleições, se municipais apenas ou não. É bem verdade que tal entendimento aparentemente choca-se com o teor do art. 86, do Código Eleitoral, no qual está previsto que “nas eleições presidenciais, a circunscrição serão o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município”.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira chama a atenção para o assunto dizendo que correto seria, nas eleições municipais, o município sofrer a restrição. Já nas eleições gerais e na eleição presidencial a restrição seria aplicada a todos os entes, pois do contrário o Governador ou Presidente poderia ser beneficiado por atos do Prefeito. Todavia, o autor mesmo assinala que o Tribunal Superior Eleitoral adota pensamento contrário, impondo a limitação ao município somente em se tratando de eleições municipais, liberando-o para o caso de eleições gerais e para presidente.¹⁹³

Certo é, portanto, que ao elaborar o cronograma relativo ao concurso público a Administração deverá levar em conta a ocorrência de eleições, para que sejam devidamente respeitados os ditames da Lei n° 9.504/97.

¹⁹² AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 289.

¹⁹³ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 559

3.1.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal e os concursos públicos

O segundo aspecto legal a ser observado pelo administrador antes da organização do concurso público diz respeito às capacidades orçamentárias e ao limite de despesas com pessoal relativo ao ente. Obrigatória será então a análise dos comandos dispostos na Lei Complementar n° 101/00, mais conhecida por Lei de Responsabilidade Fiscal.

Num primeiro instante, será preciso atentar para o conteúdo do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que trata da criação, da expansão ou do aperfeiçoamento de ações governamentais que acarretem aumento de despesa. O dispositivo em comento exige a apresentação de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a medida e nos dois subsequentes. Exige ainda declaração, a ser prestada pelo ordenador de despesa do ente, de que o novo gasto tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual, bem ainda compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual.

Não resta dúvida de que a realização de concurso público implicará no aumento de despesa em decorrência da expansão ou do aperfeiçoamento das ações governamentais, conforme o caso, daí surgindo a imperiosa observância da previsão legal em relevo.

Em seguida, deve a Administração lançar vistas sobre o conteúdo do art. 18, 19 e 20, também da Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõem sobre os limites de gastos com pessoal.

Os gastos com pessoal constituem matéria de relevo, inclusive no plano constitucional, desde o advento da Constituição de 1967 que, à época, limitou-os a 50% da receita corrente de cada ente político (art. 66, § 4°). Desde então, o tema passou a frequentar o texto das Constituições Brasileiras sendo que, na Carta de 1988, foi acometida à lei complementar a tarefa de dispor pormenorizadamente a respeito.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é o diploma legal atualmente vigente sobre a matéria, contendo detalhamento minucioso acerca das limitações com gastos de pessoal nos dispositivos acima já mencionados. Com o desiderato de evitar interpretações destoantes e que pudessem frustrar os fins que colimava ao editá-la, o legislador, no art. 18 do diploma legal em causa, não poupou esforços em apresentar extensa lista de despesas tidas como de pessoal. Foram arrolados no texto da lei, como despesas de pessoal, os vencimentos e salários de servidores ativos, com acréscimos de adicionais, gratificações e horas extraordinárias, os proventos de aposentados e pensionistas, os encargos sociais, as contribuições previdenciárias e ainda os subsídios pagos aos titulares de mandatos eletivos.

A doutrina ressalta que a inserção dos subsídios devidos aos agentes políticos na lista foi medida providencial, em se considerando que consagrou a tendência inaugurada pela Lei Complementar n° 96/99 e pôs fim de vez à polêmica de que a remuneração de tais agentes não integraria o gasto de pessoal, por não serem eles servidores públicos.¹⁹⁴

O texto da Lei de Responsabilidade Fiscal também atribuiu nulidade aos atos de aumento de despesa com pessoal que não respeitem os limites por ela estabelecidos, além de fixar outras circunstâncias objetivas e temporais impeditivas da realização do ato.

No tocante à realização de concursos públicos, certamente objetivando coibir iniciativas eleitoreiras, ressalte-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal obstou a prática de ato que provoque aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão (art. 21, parágrafo único).

Embora não raro seja lembrada a sua vigência, a incidência deste dispositivo para todo e qualquer concurso público faz-se discutível. Com efeito, é importante aqui atentar para o fato de que o concurso público, por si, não corresponde ao conceito de ato que provoque aumento de despesa. Afinal, como visto, ele se presta apenas a selecionar o futuro

¹⁹⁴ TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. **Lei de responsabilidade fiscal comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2005, p. 152-153.

servidor com base no mérito. O ingresso do servidor é ato posterior, que será materializado somente após a nomeação e a posse. Destarte, a realização de concurso público não se faz apta a gerar despesa imediata. Gera apenas expectativa de realização.

Entretanto, não se pode desprezar o entendimento sedimentado pelo STJ no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital de convocação tem direito adquirido à nomeação, porquanto, quando da publicação do instrumento convocatório, a Administração já demonstrou a necessidade pública de se preencher as vagas existentes.¹⁹⁵ Destarte, o melhor entendimento parece ser aquele que não admite a aplicação do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal quando o concurso público, homologado antes dos três meses que antecedem as eleições, já previa o número de vagas a serem preenchidas, e a nomeação refere-se a uma dessas vagas. Afinal de contas, o que está em discussão nesse caso é a necessidade da Administração, refletida no interesse público e no princípio da eficiência, que se superpõe ao suposto uso eleitoreiro do instituto. De fato, o que não se pode admitir é a criação de várias vagas no serviço público às vésperas do pleito, não o preenchimento de vagas já existentes para atender a uma necessidade genuína da Administração.

O pensamento ora externado está de acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem a intenção do legislador, na verdade, foi impedir que o governante em fim de mandato pratique atos que aumentem a despesa com pessoal, de maneira a comprometer ou mesmo superar os limites de gastos indicados no texto da Lei de Responsabilidade Fiscal, deixando para o sucessor a tarefa de promover as medidas redutoras que são cabíveis. Mas, o dispositivo não constitui proibição indiscriminada para a prática de

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1232930 / AM. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO ADQUIRIDO. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 22/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1046599&sReg=201100115419&sData=20110428&formato=HTML>. Acesso em: 21 mai. 2011.

qualquer ato de despesa, inclusive atos de provimento, pois se assim fosse a consecução dos fins essenciais impostos aos entes públicos seria sacrificada.¹⁹⁶

Ainda que se admita que seu vigor introduziu embaraços aos concursos públicos, a Lei de Responsabilidade Fiscal só merece aplausos, pois não foi posta a vigor no intuito de engessar o administrador ou retirar dele a liberdade de atuação que o mandato oferece. Na verdade, como bem pontuado por Djalma Pinto, a Lei de Responsabilidade Fiscal traçou o caminho para que o administrador cumpra bem o seu papel e exercite com eficiência suas múltiplas atribuições.¹⁹⁷

Portanto, é de todo aconselhável que a Administração labore com cuidado ao analisar os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal que repercutem na realização de concurso público.

3.1.3 Constituição de Comissão Organizadora

Resolvidos os entraves relacionados à Lei das Eleições e à Lei de Responsabilidade Fiscal, Reinaldo Moreira Bruno sugere, como próximo passo, que a Administração edite texto normativo para regulamentar o procedimento a ser adotado pelos servidores encarregados da realização do concurso. A referida norma pode ter natureza de lei ou de decreto, e é recomendável que, além de acometer funções aos servidores, nomeie-os para integrar comissão de organização do concurso público. Ainda que tal nomeação seja realizada por critérios discricionários, é recomendável que pelo menos três servidores do quadro permanente da Administração, ocupantes de cargos de hierarquia igual ou superior e

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 a 28. In: NASCIMENTO, Carlos Valder da Silva; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

¹⁹⁷ PINTO, Djalma. **Direito eleitoral : improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 335.

dotados de títulos compatíveis com os cargos cujas vagas estarão em disputa, sejam nomeados.¹⁹⁸

A constituição de Comissão Organizadora para concursos públicos configura-se tema assaz interessante, ainda pouco explorado pela doutrina. Rita Tourinho alerta que, como a realização de concurso não está dentre as atividades rotineiras da Administração, a instituição de Comissão Organizadora ou Banca Examinadora faz-se necessária. Caberá ao referido colegiado o encaminhamento do certame em todas as suas fases, até a devida homologação pela autoridade máxima do respectivo órgão ou entidade.¹⁹⁹

Também Frederico Jorge Gouveia de Melo aduz que a Administração pode contratar instituição pública ou particular para a instrumentalização do concurso, desde que tal instituição reporte-se à Comissão Organizadora responsável por presidir os trabalhos.²⁰⁰

A Comissão Organizadora há que ser instituída com observância de alguns regramentos mínimos, sob pena de restar comprometida a atuação profícua de seus componentes. Afinal, dela se espera o acompanhamento de todos os atos do processo no propósito de zelar pela regularidade do procedimento e pleno acatamento às previsões legais. É importante então recordar que os integrantes da Comissão Organizadora devem ser servidores do quadro permanente, com qualificação compatível para exercício do múnus, bem ainda despidos de qualquer parcialidade.

A parcialidade, como se sabe, é capaz de gerar impedimento ou suspeição, conforme o caso. O conceito de impedimento e suspeição no processo administrativo é o mesmo aplicável ao processo judicial, ou seja, são institutos que visam a atestar a isenção do julgador, essencial a qualquer atividade processual. A garantia da imparcialidade é requisito inarredável no processo administrativo em face dos princípios da isonomia, da moralidade e

¹⁹⁸ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87.

¹⁹⁹ TOURINHO, Rita. **Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 62.

²⁰⁰ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 64.

da impessoalidade que, pela dicção da Carta Magna, são regedores da atividade administrativa.

À falta de lei dispendo sobre o processo do concurso público, questões relacionadas ao impedimento ou à suspeição de componentes da Comissão Organizadora podem ser solucionadas com a incidência das prescrições da Lei nº 9.784/99, que contém dispositivos esclarecedores sobre o tema. Também não se descarta a aplicação do Código de Processo Civil. Ambos os diplomas legais são lembrados por Rita Tourinho, em suas explanações sobre o requisito da imparcialidade que se exige de Bancas Examinadoras em concursos públicos.²⁰¹

Embora Comissão Organizadora e Banca Examinadora de concurso público não sejam órgãos colegiados idênticos, a similitude que os une é inegável, daí porque se torna oportuna a lembrança quanto ao entendimento da referida autora.

3.1.4 Contratação de terceiros

Como já visto antes no presente trabalho, malgrado configure providência altamente recomendável, a opção por contratar terceiro para a realização do concurso público é da Administração. Diz-se aqui altamente recomendável porque, tirante os concursos públicos destinados ao provimento de poucas vagas e que podem ser conduzidos facilmente de forma direta pela Administração, o desenvolvimento do processo demanda tempo precioso, a ser confiscado do exercício das atribuições já acometidas aos servidores. Ademais, ao não realizar contratação, a Administração dispõe-se a instituir Banca Examinadora, que ficará encarregada de todos os atos atinentes à avaliação dos candidatos. É intuitivo até que, estando a Banca Examinadora composta por servidores do próprio ente que receberá os futuros

²⁰¹ TOURINHO, Rita. **Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64.

aprovados no concurso público, avoluma-se a possibilidade de surgirem situações que ponham em xeque a imparcialidade.

Definida a contratação de terceiros, a escolha da instituição ou empresa deve ocorrer cuidadosamente, com a adoção de critérios rigorosos, e a realização de prévia licitação ou minucioso processo de dispensa licitatória não é o único deles.

Deveras, o processo relativo a um concurso público pode ser um negócio muito lucrativo, uma vez que a contraprestação paga à instituição organizadora tem fonte líquida e certa, geralmente o valor cobrado dos candidatos a título de inscrição. Com isso, muitos são os aventureiros que se dispõem a enveredar pela seara da prestação de serviços tendo por objeto a realização de concursos públicos, desatentos aos princípios que orientam o processo e imbuídos do espírito de lucro fácil.

Raquel Dias da Silveira discute o ponto, indicando o quadro reinante quando se instaura a chamada “fenomenologia do concurso público”. Prevalece então apenas o aspecto comercial, com a contratação de instituições privadas que têm o lucro com o principal objetivo, gerando o fomento a cursos especializados em concursos e a “elaboração de provas cada vez mais astuciosas e sagazes”, com pouca ou nenhuma relação com as atribuições do cargo disputado. Argumenta a autora que, em tais circunstâncias, a realização do concurso deixa de fundamentar-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como não mais no interesse público, para transformar-se em mais um negócio lucrativo, à revelia da necessidade de seleção de um agente público verdadeiramente capaz de exercer as atribuições a ele cometidas.²⁰²

Graças à falta da adoção de critérios objetivos quanto à remuneração da instituição organizadora, o princípio da modicidade dos preços públicos nem sempre é observado quando da fixação dos valores a serem pagos pelos candidatos no ato de inscrição.

²⁰² SILVEIRA, Raquel Dias da. **Profissionalização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 118-120.

Tal problema demonstra a carência produzida pela falta de uma norma geral de regulamentação dos concursos públicos.²⁰³

Embora a ausência de lei geral dispendo sobre concursos públicos seja mesmo lamentável, não constitui empecilho à defesa dos direitos dos candidatos diante de taxas de inscrição elevadas.²⁰⁴ É que, conforme já exposto alhures neste mesmo trabalho, o concurso público deve ser entendido como um processo administrativo. E o processo administrativo acha-se atualmente regulado em lei, no caso a Lei n° 9.784/99.

É fato que o art. 1° da Lei n° 9.784/99 desde logo adianta serem suas previsões endereçadas à Administração Pública Federal. Contudo, boa parte dos entes federados, ao editar suas leis sobre o tema, promoveu repetição automática dos comandos da Lei n° 9.784/99. E, havendo ausência de lei estadual ou municipal para dispor sobre processo administrativo, a incidência da Lei n° 9.784/99 de maneira subsidiária apresenta-se como opção viável, tendo em vista seu conteúdo fortemente inspirado pelo texto da Constituição de 1988.

No texto da Lei n° 9.784/99 a gratuidade aparece como um dos critérios de observância obrigatória no processo administrativo (art. 3°, inciso XI), só sendo admitida a cobrança de despesas se houver ressalva prevista em lei. Nesta linha de raciocínio é a lição de Diógenes Gasparini, que inclusive atribui natureza tributária à taxa de inscrição e só admite a cobrança caso esteja prevista na legislação tributária competente. Para o referido autor, a taxa

²⁰³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 322-323.

²⁰⁴ Embora utilizada em larga escala, a terminologia é equivocada, pois a cobrança em questão não constitui taxa. Trata-se, em verdade, de preço público. Nesse sentido: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação direta de inconstitucionalidade n° 1.0000.06.445487-9/000. Requerente(s): Prefeito Municipal de Cachoeira de Minas. Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Cachoeira de Minas. Relator: Desembargador Kildare Carvalho. Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000064454879000>. Acesso em: 17 nov. 2011.

de inscrição só perde sua feição tributária quando cobrada por entidades criadas pela Administração Pública sob o regime privado, hipótese em que assume a natureza de preço.²⁰⁵

Para validar a cobrança de taxa de inscrição em concursos públicos, no âmbito federal foi primeiramente editado o Decreto n° 86.364/81, que admitiu a fixação do valor à razão de 1,5% da remuneração fixada para a referência inicial do cargo ou emprego. Todavia, a previsão terminou revogada pelo Decreto n° 4.175/02. A revogação, cabe dizer, veio em boa hora, uma vez que a Lei n° 8.112/90, em seu art. 11, faz menção expressa à cobrança de taxa de inscrição, porém conforme aquilo que houver sido estabelecido no texto do edital alusivo ao concurso público, e somente quando indispensável ao custeio do processo respectivo. Na atualidade, o assunto é versado no Decreto n° 6.944/09, cujo art. 15 prevê que o valor a ser cobrado a título de inscrição constará do edital e será estipulado em consonância com os custos estimados que forem indispensáveis à realização do concurso público.

Em suma, a cobrança de taxa de inscrição deve visar apenas à cobertura dos custos operacionais relativos ao concurso público, não podendo, em hipótese alguma, assumir fito de lucro. Deverá, em qualquer caso, ser fixada com base no princípio da razoabilidade, até para que não fique imolada a acessibilidade ampla aos cargos públicos que é assegurada a todos pelo texto constitucional.

Outro ponto a merecer reflexão é a problemática atinente à arrecadação do valor correspondente à taxa de inscrição diretamente pela entidade contratada para realizar o concurso público. Tal procedimento é objeto de crítica severa por parte de Diógenes Gasparini, posto não encontrar arrimo legal qualquer, tendo em vista que viola normas de contabilidade pública e de orçamento dispostas na Lei n° 4.320/64.²⁰⁶

A repulsa doutrinária é de todo procedente e assim mesmo entende o Tribunal de Contas da União que, no esforço de coibir a prática, editou a Súmula n° 214.²⁰⁷

²⁰⁵ GASPARINI, Diógenes. Concurso público - imposição constitucional e operacionalização. In: MOTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 69.

²⁰⁶ Ibidem, p. 70.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 214. Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S.A., à conta do Tesouro Nacional, por meio de documento próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação das receitas federais prevista no Decreto-lei n° 1.755, de 31/12/79, e integrar as tomadas ou prestações de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da

Decisões mais recentes do Tribunal de Contas da União confirmam a prevalência do entendimento externado pela Súmula n° 214²⁰⁸, apesar de constituir prática muitíssimo comum pelo país afora a arrecadação de taxas de inscrição, em concursos públicos, diretamente pelas entidades contratadas para sua realização.

Por fim, vale anotar que sendo ou não o concurso realizado por terceiros, deverá o edital respectivo contemplar a isenção de taxa de inscrição, para o caso de hipossuficientes. Assim ocorre por força dos princípios da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos, sendo que a jurisprudência reiteradamente tem concedido gratuidade em favor daqueles que não podem comprovadamente arcar com o ônus sem sacrifício próprio ou de sua família.²⁰⁹

Como a isenção de taxa de inscrição insere-se dentre os direitos fundamentais do cidadão, bastará ao interessado requerer administrativamente o beneplácito, mesmo à míngua de previsão editalícia. E, em caso de eventual negativa, poderá socorrer-se das vias judiciais.

3.2 Fase externa

A fase externa do concurso público inicia-se com a publicação do edital, o que demanda cautelas especiais. A Administração deverá cercar-se de cuidados no ato de elaboração do texto do edital, tendo em vista o princípio da vinculação. Em face do referido

Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União. Aprovada em 26 out. 1982. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

²⁰⁸ No acórdão n° 06/2007, publicado no DOU de 22.01.07, o Plenário do TCU voltou a afirmar que as taxas de inscrição de processos seletivos deveriam ser recolhidas conforme o conteúdo da Súmula n° 214, determinando à Fundação Universidade do Rio de Janeiro que assim procedesse. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 06/2007. Ementa: DENÚNCIA. PESSOAL. REDUÇÃO INFORMAL DE CARGA HORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS. LICITAÇÃO. PAGAMENTO POR SERVIÇOS NÃO REALIZADOS. CONTRATAÇÃO DIRETA DE FUNDAÇÃO DE APOIO PARA EXECUÇÃO DE VESTIBULARES SEM ESPECIFICAÇÃO DA REMUNERAÇÃO PELO SERVIÇO. SOBREPREGO NA REALIZAÇÃO DE OBRA. DETERMINAÇÕES. Rel. Min. AUGUSTO NARDES. Aprovado em 18 jan. 2007. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-0006-01/07-P%29\[NUMD\]\[B001\]](https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-0006-01/07-P%29[NUMD][B001])>. Acesso em: 27 jun. 2011).

²⁰⁹ TOURINHO, Rita. **Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 76.

princípio, a doutrina anota que o edital constitui o ato administrativo, de natureza normativa, mais importante do concurso público, uma vez que fixa regras de observância obrigatória tanto para a Administração Pública quanto para os candidatos.²¹⁰

Vale salientar, no entanto, que a vinculação do processo ao conteúdo do edital não pode significar abandono aos regramentos legais e constitucionais. É que, como muito bem dito por Maria Cecília Mendes Borges, a afirmação corriqueira de que o edital é a lei do concurso não pode ser entendida como autorização para que a discricionariedade do administrador torne-se ilimitada, pois a lei e a Constituição sempre exercerão o papel limitador.²¹¹

Em se considerando a importância do edital para o processo do concurso público, o tópico seguinte será dedicado a estudá-lo em seus aspectos mais relevantes.

3.2.1 O edital e suas peculiaridades

O conteúdo do edital deve compreender os cargos, suas atribuições, a escolaridade mínima e demais exigências legais para o exercício, valor da remuneração, indicação do valor atribuído a cada questão, reserva de vagas a portadores de deficiência, datas e locais de realização das provas ou indicação do modo como os inscritos futuramente terão ciência de tais dados, indicação do conteúdo das provas e de conteúdo programático compatível com as atribuições do cargo e exigível à data da publicação do edital e prazo de validade do concurso, bem como sua prorrogabilidade ou não.²¹²

Frederico Jorge Gouveia de Melo entende que, além das óbvias exigências da existência do cargo – com sua criação por lei –, é necessário que o edital preveja pelo menos

²¹⁰ GASPARINI, Diógenes. Concurso público - imposição constitucional e operacionalização. In: MOTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 64/65.

²¹¹ BORGES, Maria Cecília Mendes. Editais de concursos públicos e seus elementos padrões diante dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 70, p. 30, jan./mar. 2009.

²¹² BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 87-88.

uma vaga, sob pena de nulidade.²¹³ Para Paulo Roberto Ferreira Motta e Raquel Dias da Silveira, a criação de certames para preencher cadastro de reserva em lugar de vagas viola o princípio da finalidade, pois o objetivo do concurso deixa de ser o preenchimento dos quadros da Administração para assumir outras funções, como a arrecadação da taxa de inscrição.²¹⁴

Contudo, em razão do entendimento jurisprudencial segundo o qual a indicação no edital do número de vagas a serem preenchidas gera direito adquirido aos aprovados até aquele número, muitos órgãos têm deixado de fazer a inserir o número de vagas disponíveis no instrumento convocatório, sem que haja oposição a tanto por parte da jurisprudência.²¹⁵ Desse modo, a Administração reserva-se o direito de promover a nomeação segundo critérios de conveniência e oportunidade, ao mesmo tempo em que mantém uma lista de candidatos passíveis de nomeação a qualquer tempo. O que os tribunais tendem a não admitir são abusos como a contratação temporária para funções pertencentes a cargos vagos e na vigência de concurso público homologado.²¹⁶

Por outro lado, em homenagem ao princípio da eficiência, não parece ser admissível que o administrador postergue a nomeação, mantendo vários cargos vagos, em prejuízo do atendimento à população, ressalvados os impedimentos legais concretos já vistos – o disposto na Lei de Eleições e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

²¹³ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 61.

²¹⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335.

²¹⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 796.953. Voto do Relator: “Nos últimos tempos, no entanto, tem sido cada vez mais comum a realização de concursos públicos com vagas para a formação de cadastro de reserva. Na verdade, a oferta de vagas para cadastro de reserva é uma medida perspicaz da Administração Pública. Isso porque, na verdade, neste tipo de concurso nenhuma vaga está sendo oficialmente prometida. (...) A tendência é que este tipo de concurso seja cada vez mais frequente” (Rel. Cons. EDUARDO CARONE COSTA, Sessão do dia 03/09/2009. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 175, 2010).

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 555141/RJ. Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRARODINÁRIO. CF/88, ART. 37, IX. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MAGISTÉRIO MUNICIPAL. PRETERIÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. 1. A regra constitucional é o provimento de cargo público mediante concurso. 2. Comprovada a necessidade de contratação de pessoal, os candidatos aprovados em concurso público serão nomeados em detrimento de contratações temporárias. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgado em 08/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619586>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

O conteúdo do edital também haverá de ser cuidadosamente preparado. Os candidatos não podem ser preteridos em face de critérios desarrazoados. Incide, portanto, o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, da Constituição.

Contudo, podem caber algumas distinções em razão das atividades a serem exercidas pelos futuros agentes públicos. De regra, a distinção entre sexos não é admitida, pois é preciso conferir as mesmas condições de execução das provas e de admissão aos cargos para homens e mulheres. Entretanto, em alguns casos a preterição de um dos sexos afigura-se inevitável. É o exemplo da contratação de agentes de carceragem para prisões exclusivamente femininas, ou vice-versa. Aqui, o princípio da razoabilidade demanda que a contratação deve acolher apenas o sexo admitido pela repartição.²¹⁷

Outras distinções válidas, conforme a jurisprudência, são a idade máxima, a altura e o peso para o exercício de cargos militares, desde que sejam atendidos critérios de razoabilidade.²¹⁸ Discorrendo sobre o tema, Adilson Abreu Dallari adverte que “o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia”.²¹⁹ É dizer, as condições precisam de verificação concreta, de maneira a ser apurado se são pertinentes ou não. O autor ainda ressalta que a pertinência residirá sempre na análise da natureza da função a ser exercida, fazendo-se presente quando a exigência revelar-se fator ou requisito indispensável para que a função possa ser exercida, ficando assim descartada a mera conveniência da Administração.²²⁰

Em complemento ao pensamento do autor acima referido, é possível afirmar, com base no que já foi estudado neste trabalho, que a aplicação de tais limitações depende não apenas do atendimento à isonomia, mas também aos princípios da proporcionalidade e

²¹⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 321.

²¹⁸ Ibidem, p. 321-322.

²¹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 32.

²²⁰ MOTTA, op. cit., p. 321-322.

razoabilidade, de modo a que somente as restrições efetivamente justificáveis possam ser admitidas.

3.2.2 Realização e correção das provas

A realização de provas no concurso público é dividida em fases. A Constituição Federal, acerca do tema, em seu art. 39, § 3º, permite a adoção de critérios de admissão diferenciados, desde que a lei assim estabeleça em razão da natureza do cargo. Geralmente, as primeiras são constituídas de provas de múltipla escolha²²¹ ou em que se julgam verdadeiras ou falsas as assertivas propostas pela banca. O sistema de correção adotado muitas vezes é o eletrônico, com utilização de equipamentos capazes de reconhecer, por leitura ótica, a assertiva assinalada pelo candidato, compará-la com o gabarito e calcular em segundos qual a sua nota. Graças a isso, em poucos dias a Comissão Organizadora é capaz de emitir as listas de aprovados nas fases iniciais.

De maneira a imprimir rapidez ao certame, é recomendável que o edital estabeleça, para as fases preliminares, um conjunto de requisitos a serem satisfeitos pelo candidato, como, por exemplo, a obtenção de um número mínimo de pontos em determinado conteúdo programático, acrescido de uma pontuação geral mínima. As provas que se conduzem por tais requisitos são chamadas eliminatórias. Tal medida promoverá a redução do universo de candidatos, cada vez mais amplo em razão das condições de trabalho e remuneração atrativas fornecidos pelo Poder Público, facilitando a verificação da aptidão nas fases seguintes, quando os sistemas eletrônicos de correção já não puderem ser aplicados.²²²

As fases seguintes compõem-se geralmente de provas mais complexas e de correção pessoal, como é o caso das redações, provas discursivas, orais e físicas. Reinaldo Moreira Bruno ressalta que a jurisprudência não tem acolhido a realização de provas físicas

²²¹ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 89.

²²² *Ibidem*.

em momento diverso daquele fixado no edital, ainda que o candidato esteja temporariamente impedido a tanto naquela data, uma vez que, ao inscrever-se no certame, o candidato aceita as normas editalícias, não podendo contestá-las em momento posterior. Ademais, a alteração posterior das regras do edital deve ser amplamente publicada, salvo se o objetivo for a correção de erro material. No ponto, aplica-se a regra segundo a qual é dado à Administração retificar seus atos.²²³

Também é possível que o administrador procure driblar a regra da ampla concorrência aos cargos públicos por meio do estabelecimento de provas sem um nível adequado de subjetividade. É o caso, por exemplo, do exame psicotécnico, exigido especialmente nas carreiras policiais. Tal exame, dependendo da forma como for realizado, não permite a reavaliação dos critérios de aprovação pelo Poder Judiciário.

Éder Sousa pondera que os exames psicotécnicos muitas vezes são empregados como limitação de perfil psicológico, mas que os Tribunais pátrios não têm admitido que possam servir de fator eliminatório, especialmente porque em geral o candidato não chega a conhecer as razões de sua desclassificação. Entende o doutrinador, por tais razões, que o exame psicológico deve estar enquadrado como mero exame de saúde, ficando destinado a apurar a higidez mental do candidato. Assim, a eventual eliminação estaria a depender de exames médicos e psiquiátricos, com elaboração de laudo circunstancial e motivado, sob pena de nulidade.²²⁴

Realmente, a jurisprudência não tem admitido a realização de exames com caráter eliminatório se não houver previsão legal expressa nesse sentido, os critérios de avaliação não forem objetivos, ou não houver possibilidade de recurso. Trata-se do atual posicionamento do STJ acerca do assunto.²²⁵

²²³ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 89-90.

²²⁴ SOUSA, Éder. **Concurso público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 67-68.

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1221968/DF. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. REQUISITOS PARA LEGITIMIDADE.

Outro caso em que a aplicação da subjetividade na avaliação é quase inevitável é a fase de provas orais. Paulo Roberto Ferreira Motta e Raquel Dias da Silveira apontam que durante o concurso público o examinador não deve saber quem é o autor de cada uma das provas que corrige, sob pena de violação à legalidade e à moralidade. Isto é praticamente impossível durante a prova oral. Também o princípio da isonomia é solenemente ignorado, posto que os candidatos submetem-se ao sorteio de diferentes pontos sobre os quais serão inquiridos. Ora, se os pontos do programa são distintos, também serão diversas as perguntas que os candidatos deverão responder; e, assim, afigura-se impossível assegurar que o nível de dificuldade entre elas será idêntico. Enfim, o examinador dispõe, nesta etapa do concurso, de excessiva discricionariedade, não sendo possível fixar critérios objetivos de fixação da nota, o que leva à reprovação de candidatos plenamente capazes de ocupar a função pública disputada.²²⁶

O mesmo posicionamento é defendido por Márcio Cammarosano para quem, no caso de provas orais, correto seria efetuar o registro da avaliação, mediante gravação, taquigrafia, estenografia ou estenotipia. Assim, desvios e arbitrariedades mais acentuadas não passariam incólumes. Mas o autor reconhece que a jurisprudência pátria está consolidada no sentido de que não cabe ao Judiciário examinar os critérios adotados pela Administração Pública na correção de provas dos certames que realiza para contratar seus servidores, desde que atendidos os critérios previstos no edital e respeitada a isonomia entre os concursandos.²²⁷

Por outro lado, o estabelecimento de uma fase de títulos recebe elogios por parte da doutrina, uma vez que representa o reconhecimento do Estado pelo esforço extra de capacitação envidado por alguns candidatos. Assim, cabe ao edital ser específico no tocante

CUMPRIMENTO NO CASO CONCRETO. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual a realização de exames psicotécnicos em concursos públicos é legítima, desde que (i) haja previsão legal e editalícia para tanto, (ii) os critérios adotados para a avaliação sejam objetivos e (iii) caiba a interposição de recurso contra o resultado, que deve ser, pois, público. Precedentes. 2. Da leitura do acórdão recorrido, extrai-se que todos os requisitos colocados pela jurisprudência foram atendidos no caso concreto. Trechos do acórdão recorrido. 3. Recurso especial não provido. Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 22/02/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002123860&dt_publicacao=10/03/2011>. Acesso em: 22 mai. 2011.

²²⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 331-332.

²²⁷ CAMMAROSANO, Márcio. Concurso público - imposição constitucional e operacionalização. In: MOTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 174.

aos títulos aceitos, a pontuação atribuída a cada um, e a estrita proporcionalidade entre a especialidade do título, a pontuação e as demais etapas do certame.²²⁸

De fato, a Constituição, ao estabelecer que os concursos públicos serão organizados com provas, ou provas e títulos (art. 37, II), declarou o caráter acessório e subsidiário das provas de títulos. Assim, não pode o candidato que obteve resultados pífios na prova principal ser capaz de reverter a situação apenas por meio dos títulos. Pela mesma razão, a fase de títulos deve guardar caráter apenas classificatório, não sendo capaz de eliminar o candidato que não apresentou nenhum título.

3.2.3 Resultados provisórios e recursos

A divulgação dos resultados provisórios deverá ocorrer na imprensa oficial, em jornal de grande circulação ou de circulação local e na internet – tanto no sítio oficial da entidade ou ente promotor do concurso quanto no da instituição organizadora.²²⁹

A ampla divulgação dos resultados é tão importante quanto a do próprio edital de convocação, uma vez que é por meio dela que os candidatos não aprovados, ou aprovados com nota menor que a desejável, poderão exercer o direito de recurso.

De fato, no instrumento convocatório deverá constar prazo razoável para que os candidatos possam apresentar recurso contra os resultados preliminares, contado a partir da divulgação desses resultados, ou alguns dias após. Não se impede, contudo, que o edital de abertura das inscrições contenha previsão estabelecendo que um outro instrumento

²²⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 332-333.

²²⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Concursos públicos e o TCE. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 194, 2010.

convocatório será expedido junto com a divulgação do resultado, com vistas a disciplinar a apresentação dos recursos.

A possibilidade de interposição de recursos no processo relativo ao concurso público é inarredável, ainda que haja o ato convocatório se omitido. Decorre dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria.

No tocante aos concursos públicos organizados por entes ligados à União, oportuna a invocação do art. 50, inciso III, da Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo federal. O fragmento legal em tela preceitua que os atos administrativos que decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública devem ser sempre motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Portanto, o legislador não só antevê a possibilidade de requerimentos endereçados pelos interessados à Administração, como também exige sejam as soluções adotadas devidamente motivadas caso a caso.

3.2.4 Resultado final, homologação e efeitos

Finalizadas as correções das provas e julgados todos os recursos tempestivamente interpostos, a Administração divulgará o resultado final para em seguida homologá-lo. Tal procedimento é realizado por ato formal, acompanhado da lista dos aprovados, contendo seus nomes completos e número de documento de identificação. A homologação encerra o procedimento de seleção.²³⁰

²³⁰ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 64.

Havendo questionamentos judiciais envolvendo o concurso, a homologação pode ser feita parcialmente, surtindo efeitos apenas quanto aos cargos não envolvidos na demanda.²³¹

Após, procede-se à nomeação propriamente dita. A nomeação acontecerá em estrita obediência à ordem de classificação no resultado final do concurso, deverá ocorrer por meio de ato administrativo publicado no instrumento oficial de divulgação do ente, e fixará prazo para a posse, nos casos dos servidores estatutários, ou para a apresentação dos documentos necessários à contratação, em se tratando de emprego público.²³²

Segundo o STJ, por ocasião da posse, o candidato deverá ostentar a habilitação exigida pelo edital, sob pena de perder a sua posição entre os classificados.²³³ O posicionamento é justo, tendo em vista que no momento da posse exige-se do particular o exercício das atribuições típicas do cargo e, portanto, deve ele contar com a habilitação necessária a tanto. Exigir tal qualificação em momento anterior, como o da nomeação, não seria razoável porque o candidato nomeado não está autorizado a exercer a função pública, antes de tomar posse. Além disso, a exigência da qualificação antes do derradeiro momento em que o particular deve comprová-la poderia alterar a ordem classificatória estabelecida após todas as fases do concurso e, assim, fazer com que o Poder Público exclua do certame as pessoas melhor qualificadas.

²³¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Concursos públicos e o TCE. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial Concursos Públicos, p. 199, 2010.

²³² MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 64.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 266. O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público. Aprovada em 22 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='266'>>. Acesso em: 22 mai. 2011.

3.2.5 Aplicação da Lei n° 9.784/99 aos concursos públicos

Como visto em outro momento no presente trabalho, a Lei n° 9.784/99 foi editada para dispor sobre o processo administrativo federal. O art. 69 da referida Lei prevê que os processos administrativos específicos continuariam a reger-se por lei própria, com aplicação de seus comandos apenas de forma subsidiária.

Em se considerando que os concursos públicos não contam com lei específica, inegável que, no âmbito da Administração Pública Federal, a aplicação da Lei n° 9.784/99 ao processo é medida de rigor.

Dúvidas surgem diante da hipótese de aplicação da Lei n° 9.784/99 aos concursos públicos realizados por outros entes federados. Isso porque, o art. 1° do mencionado diploma legal expressamente prevê que suas previsões aplicam-se ao processo administrativo federal. Não obstante tal dicção, a incidência do texto da Lei n° 9.784/99 sobre os processos administrativos realizados por Estados ou Municípios faz-se perfeitamente possível, caso o respectivo ente não disponha de lei a respeito do tema. Neste norte é a compreensão de Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, para quem a principiologia da Lei n° 9.784/99 "enseja a possibilidade de que, na ausência de elaboração normativa própria, Estados, Municípios e Distrito Federal sirvam-se de seus critérios gerais para colmatação das lacunas na solução de conflitos internos."²³⁴

A Constituição Federal também estimula o intérprete a admitir a aplicação da Lei n° 9.784/99 para além dos limites dos processos administrativos federais. Isso porque seu art. 22, inciso I, reza competir privativamente à União legislar sobre direito processual. Enquanto isso, o art. 24, inciso XI, dá competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual. Assim, pelo tratamento constitucional dado à matéria, a Lei n° 9.784/99 deveria ter sido editada como

²³⁴ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no Estado de Direito (arts. 1° e 2°). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal de processo administrativo** (Lei n° 9.784/99). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 11-36.

norma de abrangência nacional e não apenas para reger o processo administrativo na seara da Administração Pública Federal. É que, uma vez reconhecido que se trata de processo administrativo e não mero procedimento, o tema ficaria inserido no âmbito do direito processual, cuja competência privativa para legislar, como posto acima, pertence à União.

Apesar do conteúdo da Lei Magna, o legislador infraconstitucional optou por editar lei regulando apenas os processos administrativos federais. Certamente assim procedeu animado em conferir respeito à autonomia dos entes federados, na suposição de que cada um deles poderia dispor sobre processo administrativo atentando para a organização de seus serviços e repartições, segundo melhor lhes parecesse. Entretanto, verificada a omissão do legislador local, a aplicabilidade da Lei nº 9.784/99 torna-se indiscutível.

3.3 Invalidação, revogação e convalidação dos concursos públicos

A Administração Pública, tendo em vista a autotutela que lhe é inerente, pode invalidar atos viciados que houver praticado. Assim, para o caso de concursos públicos, diferente não se dá. Pode ocorrer sua invalidação administrativa, se constatados vícios que lhes comprometa o resultado. Não se arreda ainda a possibilidade de invalidação judicial do concurso público, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional. As hipóteses serão discutidas doravante.

3.3.1 Controle administrativo do concurso público

O controle administrativo dos concursos públicos é promovido por meio da anulação e revogação, institutos intrinsecamente vinculados ao poder de autotutela conferido

ao administrador. A anulação aplica-se aos casos de ilegalidade, enquanto a revogação é ato praticado quando a questão envolver análise do mérito administrativo.²³⁵

Ainda que se fundamente em contrariedade a dispositivo legal, a anulação deverá ser vastamente motivada, bem como realizada com base em procedimento administrativo durante o qual sejam assegurados aos interessados acesso ao contraditório e à ampla defesa. No caso, serão considerados interessados todos aqueles que ainda estiverem concorrendo aos cargos colocados em disputa pela Administração.²³⁶

Quanto ao aspecto temporal, a Lei nº 9.784/99 trouxe consigo previsão clara acerca do prazo de que dispõe a Administração para promover a anulação de seus atos, fazendo uso da autotutela. Trata-se do art. 55, que impôs o prazo decadencial de cinco anos para que se dê a anulação de atos de que decorrem efeitos favoráveis para seus destinatários, exceto caso de má-fé comprovada. Consoante já afirmado em outro momento neste trabalho, a lei em referência veio a lume para dispor sobre o processo administrativo federal apenas. Todavia, tendo-se em mira que o instituto da decadência, tal como ocorre com o da prescrição, objetiva prestigiar o princípio da segurança jurídica, a jurisprudência tem aplicado o prazo decadencial da lei federal mesmo diante de casos concretos envolvendo outros entes federados.²³⁷

Quanto aos defeitos sanáveis, ainda que contrariem a lei, poderão ser objeto de convalidação por parte do administrador, após a fase de instrução do processo administrativo em questão. É o que dispõe o art. 55 da Lei nº 9.784/99 que, apesar de ter sua aplicabilidade restrita à esfera federal, tem sido utilizado com frequência para fundamentar a condução do

²³⁵ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 105.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25652. Ementa: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 16 de setembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702688808&dt_publicacao=13/10/2008>. Acesso em: 26 jun. 2011.

processo administrativo em outros entes políticos desprovidos de legislação procedimental própria.

Reinaldo Moreira Bruno, amparado em lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, alerta para o fato de que a convalidação só surge como opção discricionária para o administrador quando os atos em questão não tragam prejuízo a terceiros e nem lesionem o interesse público. Caso contrário, não resta alternativa ao administrador senão promover a anulação do ato.²³⁸

Sendo imprescindível a anulação do ato, os administrados participantes do certame têm direito à devolução do que dispenderam com a participação no concurso e com a confecção dos documentos necessários a tanto. Tal direito não se estende, portanto, à própria nomeação ou à perda da chance de consegui-la. Ressalte-se que o direito pode ser conferido tanto em sede administrativa quanto judicial.²³⁹

A revogação, por sua vez, constitui poder inerente à administração de retirar ato administrativo conforme razões de conveniência e oportunidade. Via de regra, o ato só pode ser objeto de revogação quando for discricionário²⁴⁰. É o caso, por exemplo, da escolha do momento da realização do concurso público, embora a finalidade a ser atingida pelo certame – a seleção de pessoal para ocupar-se do serviço público – esteja vinculada à lei. De fato, nesse caso, para Reinaldo Moreira Bruno, citando o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Neto, a Administração não está obrigada a prosseguir com um certame após ele haver se revelado inconveniente ou inoportuno.²⁴¹

A revogação do concurso assume feição excepcional, e por tal razão deve ser extensamente justificada, com base em razões de interesse público. Mesmo assim, os participantes preservam o direito à indenização que, assim como nos casos de anulação,

²³⁸ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 160-162.

²⁴¹ BRUNO, op. cit., p. 106-107.

incluirá os valores referentes à participação e obtenção de documentos e poderá ser paga tanto na via administrativa quanto na judicial.²⁴²

Rita Tourinho vai ainda mais além, entendendo que a revogação depende da instauração de processo administrativo específico, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa dos candidatos.²⁴³

Enfim, uma questão importante a ser enfrentada acerca do assunto é a possibilidade de a Administração alterar as regras do edital após a sua publicação, para atender a lei superveniente. Vinícius Magno Duarte Rodrigues aventa duas hipóteses: aquela em que o concurso ainda não foi homologado, e aquela em que tal homologação já aconteceu. Na primeira delas, não há que se falar em direito público subjetivo à nomeação, uma vez que a Administração não reconheceu o resultado do certame. Portanto, neste caso, a alteração do edital poderá ocorrer, desde que atenda aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No entanto, uma vez homologado o resultado final do concurso, a Administração não mais poderá alterar o instrumento convocatório em prejuízo dos candidatos aprovados, uma vez que, diante do conflito de princípios constitucionais em tela (legalidade *versus* dignidade da pessoa humana), prevalece o segundo, assim como o direito subjetivo do candidato à nomeação.²⁴⁴

No entanto, consoante visto acima, a Lei n° 9.784/99 aplica-se aos concursos públicos uma vez que constituem espécie de processo administrativo; e a referida lei admite a anulação de atos administrativos ilegais, desde que respeitado o prazo decadencial de cinco anos, ainda que produzam efeitos benéficos aos particulares. O raciocínio pode em tese ser aplicado também para a homologação do concurso, desde que ela tenha sido promovida ilegalmente.

²⁴² BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106-107.

²⁴³ TOURINHO, Rita. **Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 113.

²⁴⁴ RODRIGUES, Vinícius Magno Duarte. Da retificação do edital de concurso público na perspectiva do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano IX, n° 101, p. 421-422, dez. 2009/2010.

3.3.2 Controle judicial do concurso público

A doutrina aponta que o controle judicial do concurso público, a exemplo do que ocorre com os atos administrativos em geral, tirante os aspectos relacionados à legalidade, só pode ser realizado no que cinge ao mérito do procedimento. De modo mais específico, Manoel Cavalcante de Lima Neto relata que a regra, fundamentada no princípio da autocontenção, é a de que não é possível efetuar o controle judicial das notas dos candidatos, pelas seguintes razões: a) a competência judicial delimita-se pelo exame de legalidade das normas aplicáveis ao certame; b) o conteúdo das questões formuladas não se cinge ao exame de legalidade; c) o exame das questões implica em incursão no mérito administrativo; d) o Poder Judiciário não pode substituir-se à banca examinadora.²⁴⁵

O autor aponta que, com o conteúdo principiológico conferido à Constituição de 1988, a obediência cega ao princípio da legalidade estrita deve dar lugar à juridicidade. Dessa forma, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional confere ao Judiciário o poder suficiente para enfrentar as questões atinentes aos elementos do ato administrativo, aí incluso o controle do conteúdo das assertivas da prova do concurso, porque reflexo do motivo do ato.²⁴⁶

De fato, Agapito Machado Júnior reconhece que o Poder Judiciário não pode furtar-se à resolução de todos os conflitos a ele confiados.²⁴⁷ Isto ocorre, dentro do contexto apresentado pelo Estado Social, em razão do papel do magistrado, a quem se encarrega a obrigação de combater, com base nos princípios constitucionais, leis e atos com ela incompatíveis. É assim que o Poder Judiciário transformou-se em guardião da efetividade constitucional.²⁴⁸

²⁴⁵ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Controle judicial em provas de concursos públicos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, p. 75-76, mar/abr. 2011.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 60.

No Brasil, com respeito aos atos administrativos, assim fica ainda mais claro quando se leva em consideração que o sistema normativo é o de jurisdição única. Deveras, ao contrário do que ocorre na França, país em que existe um contencioso administrativo especial e que dá a última palavra acerca das disputas administrativas, qualquer controvérsia, independentemente de sua natureza administrativa, somente pode ser resolvida em definitivo pelo Poder Judiciário.²⁴⁹

A par da aplicação do princípio da inafastabilidade das demandas face ao Poder Judiciário, tal movimento revela também traços do neoconstitucionalismo. Nas palavras de Daniel Sarmento, o neoconstitucionalismo caracteriza-se, sinteticamente, pelos elementos principais seguintes: a valorização dos princípios jurídicos; a rejeição do formalismo e o emprego de métodos de raciocínio e interpretação mais abertos; a constitucionalização do direito, com a extensão das normas constitucionais a todos os outros ramos do ordenamento; prestígio à filosofia; aumento dos poderes do Judiciário, com a judicialização das relações sociais e da política.²⁵⁰

De modo mais aprofundado, Luís Roberto Barroso afirma que a constitucionalização do direito atribui às normas constitucionais um efeito expansivo, de modo a permitir que elas irradiem seu conteúdo por todo o sistema jurídico. Logo, a validade e o sentido de qualquer regra do ordenamento passa a ter como lastro os princípios e regras da Constituição, devidamente interpretados. Ainda, a constitucionalização limita a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, impondo-lhes condutas no sentido de realizar programas constitucionalmente definidos. No tocante ao Judiciário, a constitucionalização confere ao juiz instrumentos para o controle de constitucionalidade e impõe regras à interpretação das demais normas do sistema. Enfim, para os particulares, a

²⁴⁹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.

²⁵⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-10.

constitucionalização traz normas de limitação à autonomia das vontades, subordinando-a ao interesse público e aos direitos dos demais.²⁵¹

De fato, com o fim da Segunda Guerra Mundial, as constituições europeias passaram a empregar mecanismos que trouxessem em seu bojo direitos fundamentais e, além disso, os protegessem de uma atuação nefasta dos Poderes Executivo e Legislativo. Para fazer isso, adotaram uma carga principiológica bastante densa, o que obrigou o Poder Judiciário a adotar novas técnicas e estilos hermenêuticos com vistas a interpretá-la. Foi com base nisso que surgiu o princípio da ponderação, com a respectiva aplicação maciça dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.²⁵²

Durante esse processo, então, o Poder Judiciário passou a discutir questões de importância maior ao cotidiano, deixando de lado sua posição interpretativa estática. O que o neoconstitucionalismo visou foi a construção de fundamentos teóricos para essa atuação, em contraste com as antigas bases do positivismo.²⁵³

Apesar de as teorias neoconstitucionalistas começarem a surgir a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, no Brasil seus efeitos só puderam ser sentidos com o advento da Constituição Federal de 1988. Isto ocorreu em função do tratamento anteriormente conferido à letra constitucional, relegando-a a um segundo plano. De fato, até o fim do processo de redemocratização, a lei ordinária tinha mais força do que o texto constitucional e, por sua vez, na seara do direito público, o decreto e a portaria tinham mais força que a lei.²⁵⁴

Luís Roberto Barroso ressalta que, nos países onde a democratização ocorreu mais tardiamente, o processo de constitucionalização do direito ocorre de modo muito intenso. É o caso do Brasil. De fato, enquanto na Itália, por exemplo, o início da

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32-33.

²⁵² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

²⁵³ *Ibidem*, p. 16.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 22.

constitucionalização só ocorreu cerca de dez anos após a promulgação da Constituição, a supremacia formal e material da Constituição brasileira de 1988 já estava assegurada em período semelhante. Durante o processo, ocorreu o deslocamento do Código Civil de 1916 do centro do ordenamento, a criação de microssistemas jurídicos para lidar com questões por ele não alcançadas e, num momento posterior, a aplicação do controle de constitucionalidade sobre algumas de suas regras mais anacrônicas.²⁵⁵

Daniel Sarmento assinala que, uma vez que a Constituição de 1988 trouxe consigo alta carga principiológica, assim como mecanismos de sua proteção contra as investidas do legislador e do administrador, tornou-se necessário o início das discussões acerca do neoconstitucionalismo no país. Depois de um início tímido, em que alguns autores passaram a pregar o constitucionalismo da efetividade – defendendo, de forma basicamente revolucionária para o país, a aplicação rotineira da Constituição pelos juízes –, a doutrina finalmente passou a admitir as teorias pós-positivistas, com o estudo da influência maciça dos princípios constitucionais.²⁵⁶

Com o seu constante acionamento para a resolução de casos cada vez mais cotidianos, o STF não poderia furtar-se à apreciação e absorção dessas teorias. Foi o que ocorreu ao longo dos anos, de modo que a Corte Suprema brasileira cada vez mais invoca princípios abertos em seus julgamentos, além de aplicar a ponderação derivada dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Tal postura mune o STF para o enfrentamento de questões morais, preparando-o para o cumprimento do papel dele exigido pelo neoconstitucionalismo.²⁵⁷

Assim é que Luís Roberto Barroso reconhece a constitucionalização do direito como necessária não apenas para centralizar a Constituição dentro do sistema jurídico, mas

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 37 e 40-42.

²⁵⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-26.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 29-30.

para possibilitar a aplicação, pelo Tribunal Constitucional, de modernos instrumentos interpretativos, como é o caso da interpretação conforme a Constituição, responsável por instituir diversos mecanismos para a leitura do texto sem que se realize a declaração de inconstitucionalidade do enunciado ou, em outras palavras, sem violar o princípio da presunção de constitucionalidade.²⁵⁸

Barroso aponta ainda que o processo de constitucionalização do direito brasileiro afetou profundamente o direito administrativo, com a instituição de princípios específicos (como aqueles previstos no art. 37, *caput*, da Constituição) mas, principalmente, com a releitura dos princípios gerais e implícitos, como é o caso da supremacia do interesse público, a vinculação do administrador à Constituição e, especialmente, a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo²⁵⁹ – que se inclui, a propósito, exatamente na discussão ora aventada.

De fato, para o referido autor, é possível também incluir os elementos do ato administrativo integrantes do mérito – mais conhecidos como motivo e objeto – na apreciação judicial, com base nos princípios constitucionais gerais e nos específicos da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, desde que observada a prudência de não eliminar a discricionariedade do administrador pela do juiz.²⁶⁰

Com base em todas essas considerações, é possível afirmar que quando o Poder Judiciário omite-se em lugar de coibir uma prática administrativa em desacordo com o ordenamento está não apenas deixando de exercer a sua função constitucional. Está também a invadir a competência dos demais poderes, pois a exploração de determinadas consequências da omissão é uma decisão política que cabe ao Executivo ou ao Legislativo. Assim, o controle

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45-46.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 49-50.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 50.

dos atos da Administração, aí incluída a verificação das questões envolvendo concursos públicos, é um dos misteres constitucionais dos quais o Judiciário deve desincumbir-se.²⁶¹

Machado Júnior alerta ainda para o fato de que mesmo quando o ato administrativo é discricionário está sujeito a controle jurisdicional, desde que demonstrada violação a regra ou princípio constitucional, porquanto os princípios insertos na Carta Magna são dotados de normatividade e juridicidade.²⁶²

Nesse prisma, o autor entende possível a aplicação de duas espécies de controle judicial para os concursos públicos: o controle pela legalidade e o controle principiológico. O primeiro deles ficará fundamentado na Lei nº 8.112/90 ou no estatuto do servidor público local, bem como na Lei nº 9.784/99 – o que mais uma vez evidencia o caráter de processo administrativo do concurso público. Diante da violação à norma legal posta, o mais cômodo é seguir o sistema de hipótese de incidência, expurgando do mundo jurídico o comando normativo violador. É o caso, por exemplo, das questões que fogem ao programa fixado pelo edital, ou daquelas com várias ou nenhuma resposta correta.²⁶³

No tocante ao controle pela juridicidade, aplicado na ausência de norma expressa conduzindo a conduta do administrador, o juiz estará jungido a uma análise mais esmerada e difícil, pautada nos princípios constitucionais já vistos anteriormente. É o caso da não divulgação de resultados, gabaritos, a ausência de motivação do recurso administrativo, ou a adoção de critérios discriminatórios para a avaliação de provas.²⁶⁴

Nessas espécies de controle, via de regra, deve o Judiciário adotar posição ablativa, ou seja, apenas determinar a invalidação do ato. Entretanto, na hipótese de haver uma única decisão em sintonia com o direito para o caso, o controle pode ser também

²⁶¹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 70-71.

²⁶² *Ibidem*, p. 81.

²⁶³ *Ibidem*, p. 153-154.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 154-155.

mandamental ou condenatório, caso em que o juiz poderá indicar expressamente à Administração qual a solução a ser adotada.²⁶⁵

Em contraste com a posição dominante conservadora adotada no Brasil – que impede a apreciação do mérito das provas –, o autor apresenta posições inovadoras desenvolvidas na Europa, denominadas “acerto da decisão tecnicamente sustentável” e “redução da discricionariedade a zero”. A primeira delas, surgida na Alemanha na última década do século XX, consistiu em os tribunais entenderem que uma resposta tecnicamente bem fundamentada em bibliografia, provas periciais ou outros documentos não poderia ser tida por incorreta pelo administrador, com fundamento no direito de liberdade profissional. Isso elimina por completo a possibilidade de o candidato ser penalizado apenas por não adotar a mesma corrente doutrinária esposada pelo examinador.²⁶⁶

Já a teoria da redução da discricionariedade a zero, empregada na Alemanha e na Espanha, significa verificar se a pergunta formulada pela banca, em específico, não comporta apenas uma resposta razoável, de acordo com o caso. Isto poderia ser feito pelo Poder Judiciário com base em prova pericial. Se a prova apontar nesse sentido, o Judiciário poderia determinar a substituição da resposta da banca pela única solução correta.²⁶⁷

Em pensamento mais restritivo, Reinaldo Moreira Bruno ressalta que a decisão judicial acerca do procedimento de seleção deverá ater-se à apreciação de: questões envolvendo a legalidade do procedimento ou o próprio edital; critérios de julgamento desprovidos de caráter objetivo; obediência à ordem de classificação dos candidatos; violação dos limites impostos pela lei à discricionariedade do administrador, ou aos princípios que se impõem ao processo seletivo (moralidade, impessoalidade, isonomia e razoabilidade).²⁶⁸

²⁶⁵ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 157.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 162-163.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 164-165.

²⁶⁸ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**: Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 91.

Assim, por exemplo, não é dado ao Poder Judiciário emitir juízos de valor acerca da correção das provas do concurso, a não ser diante de provas de arbitrariedade manifesta da banca, agindo no sentido de manipular os resultados.²⁶⁹

No entanto, Almiro do Couto e Silva alerta para a necessidade de que a avaliação do certo ou errado, feita pela banca, deverá acompanhar o atual estado da ciência, técnica ou artes. Nas provas objetivas, não há meio termo e a comparação das respostas só é feita com emprego do gabarito oficial. Assim, é possível ao Poder Judiciário avaliar a correção da resposta justamente em função da objetividade da assertiva avaliada, de modo que uma assertiva tecnicamente incorreta jamais pode ser entendida como correta pelo gabarito.²⁷⁰

Já nas provas dissertativas, é viável a comparação das provas dos candidatos entre si, para verificar qual é a mais bem escrita. Existe uma margem de apreciação concedida à Administração, vinculada à conveniência e à oportunidade, o que limita o controle judicial da correção dessa espécie de prova. Não poderia ser diferente, uma vez que, diante de um evento em que a lei permite a aplicação da discricionariedade, qualquer das soluções adotadas pela Administração faz-se irrepreensível aos olhos do direito.²⁷¹

Consoante o entendimento de Manoel Cavalcante de Lima Neto, o controle das questões subjetivas pode ser realizado em sede de conteúdo mínimo, o que significa assegurar que a resposta está adequada ao espelho e que o ato de correção encontra-se bem fundamentada, face a eventual recurso administrativo. O importante é debelar a livre escolha do examinador, pois, como visto, é necessária a existência de razões técnicas para a atribuição da nota.²⁷²

²⁶⁹ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010, p. 77.

²⁷⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa. (Coord). **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 15-16.

²⁷¹ Ibidem, p. 16.

²⁷² LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Controle judicial em provas de concursos públicos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, p. 78, mar/abr. 2011.

Por outro lado, aspectos oriundos da própria vinculação do certame ao instrumento convocatório poderão ser apreciados pelo Judiciário. Destarte, questões fáticas que envolvam o descumprimento de regras editalícias, como por exemplo a inclusão, na prova, de questões relativas a conhecimentos não arrolados no conteúdo programático contido no edital, podem ser apreciadas pelo juiz, inclusive dando causa à anulação da disputa.²⁷³

Outra questão cujo mérito pode ser apreciado pelo Judiciário é aquela que envolve o franqueamento do acesso às provas pelo candidato, depois de corrigidas. De fato, entende o STF que o impedimento do acesso às provas corrigidas rende violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.²⁷⁴

Também com fundamento nas regras do edital não se admite a nomeação de candidato aprovado em concurso cujo prazo de validade já expirou. José Maria Pinheiro Madeira alerta para o fato de que, nessas hipóteses, aplica-se o disposto no Decreto-lei nº 201/67 e na Lei nº 8.429/92, ou seja, trata-se de crime de responsabilidade e hipótese de improbidade administrativa.²⁷⁵

Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho aponta ainda que a doutrina tem como certa a apreciação jurisdicional do caso quando ocorre a nomeação em detrimento da ordem de classificação final no concurso,²⁷⁶ ou quando a Administração deixa escoar deliberadamente o prazo de validade do concurso anterior para nomear os aprovados no concurso seguinte.²⁷⁷

²⁷³ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010, p. 78.

²⁷⁴ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**: Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

²⁷⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 103.

²⁷⁶ Este entendimento foi, inclusive, solidificado por meio da Súmula 15 do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 15. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Aprovada em 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jul. 2011).

²⁷⁷ CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional dos atos de prorrogação de concurso público e de nomeação dos candidatos aprovados. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano V, nº 56, p. 694-695, mar. 2005/2006.

Contudo, a autora alerta para o fato de que os limites entre a discricionariedade e a vinculação do administrador, no tocante aos concursos públicos, não são rigidamente fixados pela jurisprudência e não se fundamentam em critérios objetivos. Destarte, surge espaço para o surgimento da indesejada insegurança jurídica acerca do assunto, de modo que uma situação semelhante pode ser decidida de modos distintos dependendo da corte que a aprecia.²⁷⁸

Um exemplo dessa movimentação jurisprudencial foi a polêmica acerca da existência de direito líquido e certo à nomeação do aprovado dentro do número de vagas indicado no edital. Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho aponta que, por vários anos e desde a Constituição de 1946, o STF entendeu que o aprovado tinha mera expectativa de direito à nomeação, e tal expectativa convolava-se em direito líquido e certo quando a Administração dava sinais evidentes da conveniência e oportunidade da nomeação. Assim, por exemplo, julgava-se ilegal a contratação de empregados temporários para ocupar cargos para os quais foi realizado concurso válido, mas a pretensão de quem recorria ao Judiciário para buscar a sua nomeação com base no simples fato de que havia vaga disponível não era julgada procedente.²⁷⁹

Entretanto, em algumas hipóteses, o STJ passou a reconhecer a existência de direito subjetivo à nomeação, quando, por exemplo, havia lei do ente determinando a nomeação dos aprovados, desde que existisse vaga. O argumento era o de que, nesse caso, a lei promovia a exclusão da discricionariedade do administrador.²⁸⁰

Finalmente, em 2007, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 20.718, o STJ mudou o seu entendimento, reconhecendo a existência de direito público subjetivo à nomeação do aprovado dentre as vagas previstas no edital, sob o argumento de que o administrador, ao elaborar o instrumento convocatório com indicação de vagas, abre

²⁷⁸ CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional dos atos de prorrogação de concurso público e de nomeação dos candidatos aprovados. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*, Curitiba, ano V, nº 56, p. 693, mar. 2005/2006.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 695-699.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 699.

mão de sua discricionariedade. Assim, a ausência de nomeação após a realização de concurso válido constitui desvio de finalidade do certame.²⁸¹

Já em 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 227.480, o STF perfilhou entendimento semelhante, ao julgar que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação nos cargos vagos existentes ou que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, devendo a negativa de nomeação ser justificada por parte da Administração, e sendo tal motivação apreciável pelo Poder Judiciário.²⁸²

Diante dessas decisões, Noel Antonio Tavares de Jesus passou mesmo a considerar que a matéria está “completamente superada nos tribunais superiores”, entretanto ressalta que se os limites orçamentários impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal forem ultrapassados, a nomeação do candidato aprovado será vedada, salvo para reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de saúde, educação e segurança. Prevalece, portanto, o equilíbrio das contas do ente sobre o direito à nomeação do candidato.²⁸³

Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho defende o novo posicionamento das cortes superiores acerca do tema, não com base na pura e simples existência do direito subjetivo em questão, mas com fundamento em que a nomeação de agentes públicos não é questão sobre a qual possa incidir a discricionariedade. De fato, ou há necessidade de nomeação – e deve o concurso público ser realizado, com indicação do número de vagas, ou prorrogado para que a nomeação dos anteriormente aprovados possa ser realizada – ou essa

²⁸¹ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010, p. 70-71.

²⁸² *Ibidem*, p. 72-73.

²⁸³ JESUS, Noel Antonio Tavares de. O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano IX, nº 101, p. 427 e 435, dez. 2009/2010.

necessidade não existe (porque todas as vagas estão preenchidas), e não há que se falar então na realização do certame.²⁸⁴

Cabe asseverar ainda que, por meio do controle, o Poder Judiciário poderá anular o concurso público, retirando dos quadros o servidor indevidamente aprovado. Assim, em regra, não se aplica a teoria do fato consumado, que permitiria a convalidação do ato de nomeação ilegal. Segundo Fernanda Marinela de Sousa Santos, esta é a orientação dominante. Entretanto, o STJ decidiu em sentido contrário no Recurso em Mandado de Segurança nº 25.652, caso em que, após avaliação cuidadosa, concluiu-se que a exclusão do servidor causaria mais prejuízos que benefícios ao interesse público.²⁸⁵

Enfim, a autora adverte para o fato de que deve ser anulada apenas a investidura. Não são, portanto, prejudicados os atos praticados pelo servidor indevidamente nomeado, desde que legais por si sós, e nem é devida a devolução dos valores pagos a título de remuneração. Assim, promove-se a homenagem aos princípios da aparência, boa-fé, segurança jurídica e presunção de legalidade, que orientam a teoria do funcionário de fato.²⁸⁶

Uma questão de índole processual a ser enfrentada é a legitimidade passiva. Tornou-se voz corrente nos tribunais a necessidade de citação também dos demais candidatos eventualmente prejudicados com a ascensão da nota do autor, sob o argumento de que isso é necessário para assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Sobre o tema, Manoel Cavalcante de Lima Neto entende que a relação processual relativa à discussão em juízo de notas e correção da prova envolve diretamente apenas o Estado e o candidato. Logo, o conhecimento restringe-se ao ato de correção ou de

²⁸⁴ CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional dos atos de prorrogação de concurso público e de nomeação dos candidatos aprovados. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano V, nº 56, p. 703, mar. 2005/2006.

²⁸⁵ SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010, p. 79-81.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 81.

inserção da questão viciada no concurso, bem como sua possível nulidade, não envolvendo os demais candidatos. Assim, a citação dos mesmos só traria transtornos ao processo.²⁸⁷

De toda maneira, conclui-se que as questões relativas ao trâmite do concurso público, desde o seu início até as questões relativas a posse e exercício, são inafastáveis do controle judicial, motivo pelo qual a Administração deve adotar as cautelas necessárias para agir dentro dos limites fixados pela legalidade.

²⁸⁷ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Controle judicial em provas de concursos públicos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, p. 72-73, mar/abr. 2011.

4 O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS CONCURSOS PÚBLICOS

Conforme visto alhures, a Constituição Federal tratou de estabelecer as diretrizes gerais a serem obedecidas quando da realização dos procedimentos necessários ao recrutamento dos agentes públicos. No entanto, tais comandos não receberam uma regulamentação aprofundada, de modo que a lacuna tem sido preenchida com a aplicação de dispositivos legais empregados em analogia, bem como com a interpretação exaustiva dos princípios cabíveis à espécie.

De fato, por mais recomendável que seja a regência principiológica dos concursos públicos, os princípios não são capazes de regulamentar em minúcias as questões a serem enfrentadas quando da apreciação da matéria. Assim, ainda que devidamente fulcrados em princípios constitucionais, dois concursos públicos organizados para a seleção de cargos com atribuições semelhantes, em entes políticos distintos, podem conter disposições diversas capazes de estabelecer diferenças marcantes entre os certames, criando seleções distintas e violando a segurança jurídica.

Com efeito, é de se esperar que o concurso público sempre tenha como meta a escolha do candidato mais preparado para o exercício da função pública em apreço. Contudo, a realização de provas em modalidades e dificuldades variáveis, com o acometimento de uma discricionariedade elevada ao agente ou órgão responsável pela organização, são capazes de criar desigualdades na avaliação. Por tais motivos, a escolha do candidato mais preparado torna-se um fator meramente circunstancial, dependente de questões subjetivas como a especialidade de conhecimento ou a orientação doutrinária seguida pelo responsável por corrigir a prova.

Tal condição pode trazer prejuízos ao sistema de seleção de agentes públicos e, por conseguinte, ao próprio interesse público. Afinal, a sua prevalência abala a premissa de que a escolha da Administração é aquela que melhor atende às necessidades da população a que está comprometida a servir.

Essas constatações encontram-se resumidas na doutrina de Márcio Barbosa Maia. O autor realça que a ausência de regras claras sobre as etapas procedimentais dos concursos, os prazos, as condições legais para sua deflagração, a constituição das bancas examinadoras, a elaboração dos editais, dentre outros, além de preocupante é inadmissível na atualidade. No tocante às bancas examinadoras, anota ainda que o excesso de poder discricionário que lhes costuma ser conferido muitas vezes resvala para a arbitrariedade, violando o caráter seletivo dos concursos públicos.²⁸⁸

Da mesma forma, Agapito Machado Júnior aponta claramente a necessidade de regulação dos concursos públicos por meio de normas legais, sob pena de sua submissão ao Poder Judiciário.²⁸⁹

Levando em conta tais considerações, o presente capítulo pretende traçar uma relação entre a função administrativa e o processo, de modo a justificar o primeiro pelo segundo, assim recomendando a criação de regras processuais claras. Em seguida, tenciona-se analisar a distribuição constitucional das competências, com o intuito de verificar qual o ente político responsável pela elaboração das normas responsáveis por regulamentar os concursos públicos.

4.1 A legitimação da função administrativa pelo processo

É perfeitamente possível vincular a efetividade das ações estatais à formulação e atendimento a uma sequência de atos concatenados, com o objetivo de alcançar um fim, como ocorre no processo.

Luiz Carlos Figueira de Melo, ao estudar as relações entre a processualidade e a função pública, reconhece claramente a primeira como conteúdo da última, vislumbrando

²⁸⁸ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

²⁸⁹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 85.

uma relação entre ambas idêntica àquela travada entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. É assim porque, segundo o autor, o exercício das funções de cada um dos Poderes depende essencialmente da correta aplicação dos instrumentos processuais disponíveis.²⁹⁰

Em função dessas observações, torna-se necessário adotar uma concepção processual mais ampla, capaz de englobar e de ser aplicada dentro de todas as esferas de Poder em atividade, observadas as particularidades de cada uma. Em sintonia com tal pensamento, José Alfredo de Oliveira Baracho ensina que o processo, com o tempo, passou a admitir uma noção mais inclusiva, condizente com a sucessão coordenada de atos com vistas a um fim que produza efeitos jurídicos.²⁹¹

Luiz Carlos Figueira de Melo sustenta que a estruturação processual deverá ser aplicada não apenas para a atividade judicial, como em todo espaço de atuação estatal. É assim porque o processo confere instrumentalidade a direitos inerentes ao Estado Democrático, como a participação pública nos atos do Estado, o contraditório e a ampla defesa pessoal e pública. Assim, o processo deve ser o meio de canalização da função pública em todos os níveis.²⁹²

Ainda segundo o autor, a processualização ampla da função pública torna-se possível mediante a edição de normas processuais adequadas a dirigir os procedimentos aplicáveis ao cumprimento do desiderato atribuído a cada um dos Poderes.²⁹³ Assim, a função pública passa a ser conduzida pelo disposto na norma e, sendo tal norma dirigida por preceitos processuais genéricos e abstratos, tem-se a introdução do processo junto a Poderes que, em uma análise perfunctória, pareciam antes não se vincular a ele.

Na verdade, tal introdução não é mera opção do legislador. Ela se revela necessária, uma vez que somente por meio do ordenamento jurídico é possível a efetivação da

²⁹⁰ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001, p. 39-40.

²⁹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 118.

²⁹² MELO, op. cit., p. 50.

²⁹³ *Ibidem*, p. 40.

função pública.²⁹⁴ Tal observação resta clara à luz do princípio da legalidade, sobre o qual já se discorreu neste trabalho. Retomando as considerações já realizadas naquela oportunidade, impossível não invocar a doutrina de Carlos Ari Sunfeld. Referido autor ressalta que por ser baseada na lei, e porque o agente é apenas um dos elementos envolvidos na questão, a vontade administrativa deve ser emitida por meio de um processo, sob pena de tal vontade igualar-se à do particular, passando a ter como fundamento o agente e não mais a lei.²⁹⁵

A esse respeito, a doutrina alienígena é ainda mais incisiva. Para Adolfo Merkl, no fim das contas, toda atividade administrativa equipara-se a um procedimento administrativo, enquanto os atos administrativos apresentam-se como meros produtos desse procedimento.²⁹⁶ Agustín Gordillo, por seu turno, aduz que toda atividade estatal administrativa manifesta-se por meio do procedimento administrativo e, por meio dele, os conceitos de função e processo administrativo passam a coincidir.²⁹⁷

De fato, em uma análise mais cuidadosa, é possível verificar que a legislação brasileira admite a importância do processo administrativo no sentido de assegurar não apenas o bom prosseguimento do feito em sentido procedimental, mas também o próprio reconhecimento e fruição do direito. Na verdade, não é possível dissociar os dois elementos, uma vez que um processo administrativo conduzido à revelia da lei poderá não verificar a justiça aplicável ao caso e, portanto, não será capaz de atestar o cabimento ou não do direito pleiteado. Por tal prisma é que o art. 1º da Lei nº 9.784/99 prevê o estabelecimento de normas básicas de processo administrativo visando à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

É nessa esteira de pensar que Luiz Carlos Figueira de Melo enumera as seguintes conclusões: quando se tem em conta o Poder Público, a lei deve ser entendida como

²⁹⁴ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001, p. 41.

²⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 84, p. 64-74, 1987.

²⁹⁶ MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Nacional, 1975, p. 278-279.

²⁹⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Machi Lopez, 1975, p. XVII – 6.

condição para o exercício da função administrativa; o processo administrativo é o condutor desse exercício, porque assegura que a norma seja seguida de forma não a assegurar o cumprimento dos interesses do administrador, mas a estabelecer o equilíbrio entre liberdade e autoridade.²⁹⁸

Carlos Ari Sundfeld expressa posição compatível com tal entendimento ao vislumbrar no direito público a missão de equilibrar a autoridade pública e o poder de mando conferidos ao Estado com a manutenção da liberdade, dos direitos individuais e da condição de titulares do poder própria dos indivíduos.²⁹⁹ Para cumprir tal missão, cabe lançar mão de meios capazes de assegurar dito equilíbrio, e a obediência ao processo administrativo legalmente previsto é um desses meios. No mesmo norte, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva atribui à participação dos particulares na tomada de decisões administrativas uma importante forma de controle e limitação do poder administrativo, especialmente levando-se em consideração o crescente número de atribuições conferidas ao Poder Público e o aumento do aparato administrativo.³⁰⁰

Realmente, na forma determinada pelo princípio da legalidade, sem a lei o administrador nada pode fazer e, quando a lei descreve regras procedimentais, o administrador passa a ser obrigado a seguir o processo.

Destarte, a lei faz-se também importante para fixar as formas processuais a serem seguidas pela Administração e que lhe sejam mais adequadas. De fato, é possível verificar a tendência de entender-se o processo como conjunto de atos solenemente concatenados na forma judicialmente consagrada. No direito administrativo, nem sempre é conveniente que seja assim.

²⁹⁸ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001, p. 44.

²⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 102.

³⁰⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 401.

Assim, por exemplo, o simples requerimento de um documento de identificação junto ao órgão administrativo competente demanda celeridade e prontidão, uma vez que se trata de situação de evidente interesse imediato do administrado e que decorre de imposição legal, já que todos são obrigados a identificarem-se. No entanto, é possível vislumbrar aí o início de um processo com rito simplificado. Diz-se que haverá um processo simplificado, porque o atendimento eficiente do pedido do interessado demanda uma racionalização no modo de proceder da Administração, o que induz à instituição de uma relação processual. A organização e racionalização da referida relação processual é necessária até porque a Administração pode ser instada a comprovar, perante os administrados ou o Poder Judiciário, a motivação dos atos e a formação da sua própria vontade. Isso só se afiguraria possível mediante a adoção de formas claras, ainda que singelas, e de sistemas e tecnologias capazes de registrar a sequência de atos adotados nesse sentido.

Por tudo isso, o administrador não deve olvidar-se da necessidade de emprego do processo como meio para consecução dos fins administrativos. Mas, é importante que também o legislador não o faça e que cuide da elaboração de normas jurídicas adequadas a assegurar a realização da função administrativa em equilíbrio com o exercício das liberdades próprias do indivíduo.

4.2 Discriminação das competências constitucionais para legislar

Nas palavras de José Afonso da Silva, a competência pode ser definida como “as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”, ou a “esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo”.³⁰¹

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 496.

O autor admite que, dentro do referido âmbito, podem ser selecionadas diversas espécies de competência atribuídas à União pela Constituição Federal – internacional, política, administrativa, de prestação de serviços, urbanística, econômica, social, financeira e, finalmente, legislativa³⁰², que interessa ao presente tópico.

José Afonso da Silva alerta ainda para o fato de que é possível à União legislar sobre qualquer matéria para a qual detenha a competência, exceto aquelas que reflitam competência exclusiva do Congresso Nacional e privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (arts. 49, 51 e 52 da Constituição).³⁰³

De fato, para Raul Machado Horta, deve haver “correspondência entre as atribuições de competência geral e as da competência de legislação, sem a qual a competência geral permaneceria um corpo inerte, sem ação e sem vontade”.³⁰⁴ No entanto, os arts. 22 e 24 especificam a seara de competência legislativa da União, estabelecendo duas espécies: a privativa e a concorrente.

Como o próprio nome diz, a competência privativa é aquela que pode ser exercida apenas pela União. Entretanto, ela não é considerada exclusiva em razão do disposto no parágrafo único do art. 22, que possibilita aos Estados legislarem sobre questões específicas relacionadas na competência privativa, desde que autorizados por lei complementar.³⁰⁵ Por outro lado, José Afonso da Silva assinala que, apesar de não ser esse o caso do art. 22, nem sempre as competências privativas previstas na Constituição serão delegáveis a outros entes políticos – é o caso daquelas enumeradas nos arts. 51 e 52, que, apesar de classificadas como “privativas”, só podem ser exercidas, respectivamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.³⁰⁶

³⁰² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 496.

³⁰³ *Ibidem*, p. 502.

³⁰⁴ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 411.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 415.

³⁰⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 263-264.

Na competência concorrente, estabelece-se uma hierarquia entre normas federais e estaduais.³⁰⁷ Assim, havendo apenas normas estaduais para disciplinar a hipótese, estas serão aplicadas. Havendo normas estaduais e federais, prevalecerão as normas federais, ficando suspensa a eficácia das normas estaduais no que for contrário às regras federais. Isto significa que, revogada a norma federal, a norma estadual volta a ter aplicabilidade.³⁰⁸ De todo modo, a União só poderá editar normas gerais quando do exercício da competência concorrente (art. 24, §§s 1º a 4º, da Constituição Federal).

Assim, para exemplificar a sinergia entre as normas, Raul Machado Horta caracteriza as normas gerais como uma lei quadro ou uma moldura legislativa, enquanto a lei suplementar – dos Estados – efetua o preenchimento das lacunas deixadas intencionalmente pelo legislador federal, de modo a introduzir a lei federal dentro do sistema jurídico estadual atendendo às particularidades regionais.³⁰⁹

Mesmo assim, José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressaltam a dificuldade de encontrar definição para “normas gerais”, de forma a estabelecer precisamente o âmbito de atuação legislativa da União. Dessa forma, para os autores, as normas gerais devem ser entendidas como aquelas que estabelecem diretrizes e princípios de ação legislativa de cada ente federativo. Destarte, não podem regular diretamente eventos fáticos, o que permite sua inserção nos ordenamentos locais sem colisão de normas.³¹⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho pondera ainda que é mais fácil definir o que são “normas gerais” em face de seu aspecto negativo, ou seja, será geral o que não for específico ou complementar.³¹¹

É possível reconhecer, na distribuição de competências entre os entes federativos, uma maneira de o constituinte assegurar força à aplicação do princípio federativo no Brasil. Da mesma maneira, tal organização deverá ser levada em conta quando da edição

³⁰⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 3, t. 2. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 45.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 281.

³⁰⁹ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 419-420.

³¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

³¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 189.

de leis versando sobre os concursos públicos, tanto em respeito à própria Constituição quanto às particularidades de cada ente. Levando isso em consideração, a seguir fazemos algumas considerações acerca da relação entre as competências legislativas e os concursos públicos.

4.3 Análise da competência para legislar sobre concursos públicos

O presente trabalho apontou a natureza processual e não procedimental dos concursos públicos. Por tal razão, a competência para legislar a seu respeito pertence à União, em atendimento ao disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. Nas lições de Raul Machado Horta, o referido dispositivo constitucional aplica-se especialmente quando não há correspondência vocabular entre as expressões relativas à competência geral e a competência legislativa, ou seja, ele atua para definir de forma genérica a competência legislativa federal.³¹²

É verdade que a legislação infraconstitucional sobre processo administrativo – mais especificamente, a Lei nº 9.784/99 – aplica-se especificamente à União Federal, ou seja, trata-se de uma norma jurídica de cunho federal e não nacional. Com base nisso, poder-se-ia argumentar que uma eventual lei de concursos públicos deveria ser também federal e, por conseguinte, não se aplicar aos demais entes políticos.

A Lei nº 9.784/99 tem natureza federal por opção específica do legislador (art. 1º). Opção infeliz, pois, embora a competência privativa da União para legislar sobre processo não a impeça de editar normas aplicáveis estritamente no âmbito federal, há amparo constitucional expresso para que a norma sob comento produza efeitos nacionalmente.

Nesse sentido, a limitação do âmbito de aplicação da Lei nº 9.784/99, em vez de criar vantagens, estabelece dúvidas acerca da possibilidade de criação de leis estaduais e municipais que tratem do processo administrativo, pois, levando em consideração o disposto

³¹² HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 412.

no art. 22, I, da Constituição Federal, tais leis seriam inconstitucionais. Por outro lado, se a Lei nº 9.784/99 não se aplica a tais entes políticos, há de se concluir que não há atualmente nenhuma legislação nacional capaz de regular os processos administrativos no âmbito de Estados e Municípios.

Diante dessas considerações, torna-se possível defender a reforma do art. 1º da Lei nº 9.784/99, de modo a conferir-lhe aplicação em todas as esferas de poder. Pelas mesmas razões, uma futura lei que verse sobre diretrizes gerais dos concursos públicos deve ter aplicabilidade nacional.

A ampla aplicação de leis processuais deriva não apenas de sua inserção no art. 22, I, da Constituição, mas também do caráter uniforme de seu regime jurídico. De fato, é perfeitamente possível e até recomendável que a legislação processual assuma os mesmos contornos ao longo de toda a Federação, de modo que todos os cidadãos, pouco importando o local onde vivam, tenham conhecimento da disciplina legal correspondente.³¹³

Ives Gandra da Silva Martins aponta que, no início do século XX, o Brasil teve um sistema processual descentralizado, porém houve notória perda de unidade no tocante à aplicação das normas em questão, com prejuízos à administração da Justiça.³¹⁴ Dessa maneira, a solução encontrada foi a nacionalização do direito processual.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica a unificação do direito processual brasileiro, argumentando que tal ramo da ciência jurídica é acessório e servil ao direito material; por tal motivo, seria essencial para o atendimento de seus fins a sua adaptação às condições da região onde será aplicado – especialmente no Brasil, onde se verifica que tais condições podem ser muito distintas dependendo das regiões selecionadas.³¹⁵ Na verdade, segundo a definição adotada neste trabalho, o que mereceria adaptação para atender às

³¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 3, t. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 246-247.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 249.

³¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 165-166.

desigualdades regionais não seria o processo, mas sim o procedimento; de modo que a ideia do autor, em vez de contrariar o pensamento aqui traçado, confirma-o.

José Afonso da Silva aduz que a distribuição das competências – não apenas legislativas, mas também as de outras espécies – no Brasil orienta-se pelo princípio da predominância do interesse. Assim, pertencem à União aquelas competências que lidem com assuntos de interesse predominantemente nacional ou geral. Por sua vez, aos Estados cabem as competências de interesse regional, enquanto para os Municípios remanescem as competências de interesse local. No entanto, o próprio autor reconhece a dificuldade de aplicação do referido método de repartição de competências, tendo em vista que, no Estado moderno, é tarefa difícil distinguir interesses gerais de regionais e locais.³¹⁶

Quanto aos procedimentos, não ostentam a mesma higidez ou interesse, especialmente quando se levam em conta critérios de regionalização. Consoante já visto, processo não se confunde com procedimento, sendo o segundo um conjunto de atos processuais que compõem o primeiro.³¹⁷ De acordo com José Afonso da Silva, apesar de não ser fácil distinguir ambos, o procedimento deve ser conceituado como o modo de desenvolvimento do processo.³¹⁸ Nesse sentido, a adoção de atos processuais mais adequados conforme a região abrangida por cada estado pode justificar a existência de diferentes procedimentos. Por tais razões, a Constituição atribui à União e aos Estados competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), que é exercida na forma exposta no item anterior.

³¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478.

³¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 3, t. 2. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 42.

³¹⁸ SILVA, op. cit., p. 279.

4.4 A omissão do legislador nacional e suas implicações

O presente tópico pretende justificar a criação de um conjunto normativo capaz de regulamentar a realização dos concursos públicos. Para tal desiderato, inicialmente será feita uma análise do ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, com vistas a localizar os dispositivos mais utilizados para justificar os procedimentos adotados durante o concurso público. Esse quadro será capaz de demonstrar as falhas promovidas pela inexistência de um regramento central e específico, fornecendo fundamentos para a criação da lei dos concursos públicos.

4.4.1 A regulamentação de ações afirmativas

Fala-se muito na atualidade em ações afirmativas, conceituadas como “políticas públicas que desigalam para igualar, especialmente no tocante a oportunidades”, com vistas a combater uma desigualdade prévia.³¹⁹ E, no campo dos concursos públicos, o assunto também ganhou grande destaque. A Constituição Federal, em seu art. 37, VIII, assegura a reserva de vagas em concurso público para portadores de deficiência. O art. 5º, §2º, da Lei nº 8.112/90 estabelece que o percentual máximo da reserva não pode ultrapassar os 20% das vagas, enquanto que o art. 37, I, do Decreto nº 3.298/99 impõe que o mínimo de 5% dos cargos deve ser destinado aos portadores de necessidades especiais. A autoridade administrativa possui, então, discricionariedade para fixar o percentual da reserva entre 5 e 20% do total de vagas.³²⁰

Contudo, o deficiente físico nem sempre é apto para praticar todas as atribuições de certos cargos. De fato, o art. 37 do Decreto nº 3.298/99 estatui que a reserva de

³¹⁹ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 33.

³²⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 318.

vagas, para ser válida, depende da compatibilidade entre as atribuições do cargo e as limitações impostas pela deficiência do candidato. Assim, deve-se ter como lícita a prática da Administração de justificar fundamentadamente a ausência de reserva de vagas para portadores de necessidades especiais, com base na impossibilidade de exercício das atribuições próprias do cargo. O STJ assim já decidiu, ao inadmitir a nomeação de candidato portador de necessidades especiais não aprovado em exame físico, ainda que houvesse reserva de vagas no edital para portadores de deficiência.³²¹

Todavia, o administrador deve adotar muita cautela neste ponto, ao prever justificadamente no instrumento convocatório a impossibilidade de nomeação do portador de necessidades especiais com fundamento na incompatibilidade com as atribuições do cargo. É que, se a Administração admitir a inscrição do candidato acometido pela deficiência, franquear-lhe a realização de todas as provas e, enfim, classificá-lo entre os aprovados, não há porque duvidar de sua capacidade para exercer o cargo. Assim tem decidido o STJ.³²²

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 10481 / DF. Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. EXAME DE APTIDÃO FÍSICA. - A reserva de percentual de cargo para as pessoas portadoras de deficiência física, nos termos do art. 37, VIII, da CF, não afasta a exigência de aprovação em etapa do concurso público em que se avalia a capacitação física do candidato, indispensável para o desempenho do cargo de Técnico em Segurança Legislativa. - Recurso desprovido. Rel. Min. FELIX FISCHER. Julgado em 30/06/1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800985093&dt_publicacao=16/08/1999>. Acesso em: 22 mai. 2011.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18401 / PR. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL - DEFICIÊNCIA VISUAL - RESERVA DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - PRETERIÇÃO DO CANDIDATO EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO FÍSICA - INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO. 1. Reconhece-se como discriminação legal em concurso público a chamada reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais, prevista no art. 37, inciso VIII, CR/88; no art. 2º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 7.853/89; no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, e no art. 37 do Decreto nº 3.298/99. 2. Se a lei e o edital previram a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais e se a autoridade coatora aceitou a inscrição e submeteu a candidata a exames objetivos, não há motivo para não nomeá-la, pela simples alegação de sua limitação total da visão. 3. O serviço público deve ser tecnologicamente aparelhado para o desempenho de atividades por agentes portadores de necessidades especiais, para atender ao princípio da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos públicos. 4. Recurso provido. Rel. Min. PAULO MEDINA. Julgado em 04/04/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400777452&dt_publicacao=02/05/2006>. Acesso em: 22 mai. 2011.

Ademais, a mera omissão acerca do assunto não basta para impedir a nomeação de portador de necessidades especiais, uma vez que o edital não é superior ao comando constitucional.³²³

Recentemente tem sido também considerada a limitação do acesso aos cargos públicos por meio de ações afirmativas que privilegiem certas classes sociais e etnias. Embora a discussão esteja jungida, por enquanto, ao acesso a vagas em cursos ofertados por universidades federais, tem-se ensaiado a fixação de cotas para negros em concursos públicos. De fato, em dezembro de 2001, houve a publicação de edital de contratação de servidores para o desempenho de serviços especializados no STF, prevendo-se a reserva de 20% das vagas para negros.³²⁴

O fundamento em prol dessa ação afirmativa invoca a exploração secular à qual foram submetidos os negros nos tempos da escravidão. Vem sendo entendido que, em função do passado histórico brasileiro, aos negros não foram oferecidas oportunidades equivalentes de desenvolvimento econômico e social àquelas colocadas à disposição da população de origem branca. Haveria, aí, justificativa para o fato de a maioria dos membros das classes sociais menos favorecidas pertencerem à etnia negra até os dias atuais.

Argumenta-se, ainda, que na atualidade o modo mais seguro de ascensão social é a obtenção de graus elevados de instrução. Entretanto, a falência do modelo educacional público brasileiro não assegura vagas ou educação de qualidade às classes mais desfavorecidas. Tudo isso reflete no fato de que, dentre os servidores públicos, as classes menos favorecidas fazem-se muito pouco representadas, a despeito do papel que têm na composição da sociedade. Desse modo, a escolha de pessoas com notas inferiores nas provas

³²³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 318.

³²⁴ *Ibidem*, p. 316, nota 21.

encontraria justificativa, tendo em vista o compromisso do Estado em promover a igualdade social.³²⁵

Contudo, o pensamento de Paulo Roberto Ferreira Mota e Raquel Dias da Silveira vai de encontro a tal argumentação. Para os autores, a realização de ações afirmativas com vistas a possibilitar o ingresso de pessoas com notas inferiores às dos demais candidatos somente se justifica nos casos constitucionalmente autorizados. E a Carta Constitucional só tornou possível esse tipo de providência quando o beneficiado é portador de necessidades especiais (art. 37, VIII) ou quando a natureza e a complexidade do cargo justificarem o uso de critérios diferenciados de seleção (art. 37, II).³²⁶

Os autores argumentam ainda que a discriminação inversa para a nomeação de pessoas com desempenhos inferiores viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da própria justiça, não sendo utilizáveis para justificar discursos assistencialistas que vislumbrem ser possível o uso do concurso público como política de inclusão social. Enfim, para os autores, “não se pode admitir que a busca pela eficiência sacrifique a igualdade, no sentido formal, eis que os resultados almejados pelo Estado devem ser, não apenas, os melhores, mas também os mais legítimos”.³²⁷

É o mesmo pensamento de Francisco Lobello de Oliveira Rocha, para quem “a diferença que motiva a adoção de um tratamento diferenciado deve ser relevante na concretização da distorção que se pretende corrigir e a etnia do candidato é absolutamente irrelevante para os resultados que alcançará no concurso”.³²⁸

O autor também aponta o fato de que, no caso das cotas sociais, a distorção com respeito à representação no serviço público de determinadas classes deriva não do estudo

³²⁵ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 161.

³²⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 315-316.

³²⁷ Ibidem, p. 315-317.

³²⁸ ROCHA, ob. cit., p. 161.

em escolas públicas, mas da má qualidade do ensino oferecido por tais instituições. Assim, a tentativa de resolver tal problema com a ocupação de cargos públicos por pessoas que cursaram as escolas públicas “seria o equivalente a combater uma epidemia de gripe com vermífugos”.³²⁹

Pode-se argumentar que há uma colisão entre princípios constitucionais no caso. Enquanto os partidários da realização de ações afirmativas invocam a necessidade de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da Constituição), as vozes em contrário apontam a violação do princípio da isonomia, da ética e da dignidade humana (arts. 1º, III, e 5º).

Com vistas a compatibilizar as duas visões, o melhor mesmo será limitar o acesso aos cargos públicos, dentro dos limites traçados pela Constituição, apenas quando a lei assim o autorizar. De fato, não se há de olvidar que a norma constitucionalmente imposta é a do amplo acesso aos cargos públicos. Tal direção principiológica só pode ser contrariada mediante a edição de uma outra norma, mais específica e acompanhada da devida justificação. Além disso, quanto aos portadores de necessidades especiais, o Estado é obrigado a oferecer acesso a suas repartições tanto ao servidor quanto ao administrado, ainda que para isso seja necessário promover modificações na estrutura física e material dos órgãos públicos.³³⁰

Em princípio, para defender práticas de inclusão social no seio dos concursos públicos parece suficiente concluir que deve o administrador empregar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no momento de adotar ações afirmativas. Entretanto, tal solução pode provocar arbitrariedade, face à ausência de leis específicas regulamentando a matéria. Daí a necessidade de o legislador preocupar-se com a questão, editando leis que assegurem a absorção de pessoas com dificuldades para obter emprego na iniciativa privada em razão de suas limitações físicas ou sociais, sem prejuízo do interesse público e da contratação de pessoas capazes.

³²⁹ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 162.

³³⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 319.

4.4.2 A regulamentação do direito à nomeação

A Constituição Federal estabelece que, durante o prazo de validade do concurso homologado (que é de dois anos, prorrogável uma vez por igual período – art. 37, III), o candidato aprovado tem direito à convocação prioritária sobre novos concursados para assumir o cargo ou emprego público (art. 37, IV).

A Lei nº 8.112/90, encarregada de estabelecer o regime estatutário dos servidores públicos federais, dispõe, em seu art. 12, §2º, que não se pode iniciar novo processo seletivo enquanto ainda houver candidato aprovado e não nomeado em concurso anterior, cuja validade ainda não se tenha expirado.

A disciplina desses dois dispositivos bastou para que a jurisprudência passasse a reconhecer, ao candidato aprovado, o direito à nomeação quando o cargo for preenchido sem observância da classificação, ou seja, sem respeitar a fila de candidatos aprovados, embora o STF já tenha declarado a existência desse direito muito antes do vigor da Constituição Federal.³³¹

Como já assentado ao longo do presente trabalho, a jurisprudência tem caminhado no sentido de reconhecer ao aprovado em concurso público o direito à nomeação quando, durante o respectivo prazo de validade, a Administração promove contratações por prazo determinado. É que com isso fica demonstrada a possibilidade de o Poder Público contar com a mão-de-obra de que necessita ao mesmo tempo em que desrespeita a ordem classificatória obtida com a seleção anteriormente promovida.

Para Luciano Ferraz, o reconhecimento do direito à nomeação do aprovado quando a Administração realiza contratações precárias consiste em necessária manifestação

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 15. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Aprovada em 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

do princípio da razoabilidade, a debelar ato ilícito da Administração, com o intento de contornar a exigência de contratação de concursados. O autor vai além, invocando os princípios da isonomia e da razoabilidade para defender a existência de direito público subjetivo não apenas à nomeação dos candidatos aprovados dentro das vagas, mas também da prorrogação do concurso público caso esses candidatos ainda não tenham sido todos chamados, se não houver motivação suficiente para que o Poder Público deixe de promovê-la.³³²

A evolução aqui referida culminou com o reconhecimento judicial de que o aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no edital tem direito público subjetivo à nomeação. Tal decisão criou estímulos para que os órgãos públicos passassem a publicar instrumentos convocatórios sem a divulgação do número de vagas disponíveis ou para preenchimento de cadastros de reserva, o que promove desvio de finalidade do certame e revela tentativa malévola de contornar a jurisprudência vigente.

De toda maneira, os direitos acima elencados são fruto do ativismo judicial promovido pelos Tribunais Superiores, pois, no que vão além do disposto no art. 12, §2º, da Lei nº 8.112/90, não se fazem amparados em lei qualquer. Levando-se em consideração que tal dispositivo não se aplica automaticamente a servidores de Estados e Municípios, bem ainda que nem todas as pessoas levam suas situações concretas à apreciação do Poder Judiciário, uma disciplina mais aprofundada do tema pelo legislador seria providencial.

4.4.3 Abrangência dos concursos públicos

Outra questão cuja regulamentação atual mostra-se ainda deficiente é a relativa à definição de quais órgãos públicos submetem-se à exigência de contratação por meio dos concursos públicos.

³³² FERRAZ, Luciano. Concurso público e direito à nomeação. In: MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 253-254.

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, estabelece que a realização de concursos públicos é obrigatória para os órgãos pertencentes à Administração Direta e Indireta. A princípio, isso inclui autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, pouco importando quais sejam suas finalidades.

Antes do vigor da Emenda Constitucional nº 19/98, parecia existir uma contradição na Carta Magna acerca do assunto, tendo em vista que o art. 173, §1º, da Constituição determinava que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Como sabido, as empresas privadas não estão obrigadas a contratar por meio da realização de concurso público. Dessa forma, nos primeiros anos de vigência da Carta de 1988, discutiu-se reiteradamente a possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica contratarem pessoal sem organização de concurso público. E, para dirimir dúvidas a respeito do tema, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 231, estendendo a exigência de concurso público para tais entes.³³³

Cabe anotar que, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, o legislador constituinte deixou claro, no art. 173, §1º, III, que mesmo os órgãos exploradores de atividade econômica deverão submeter-se ao regime de licitação e contratação conforme os princípios da administração pública. A mudança do texto constitucional não foi ao acaso. Afinal, se as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica devem licitar e contratar segundo o regime jurídico imposto à Administração Pública, a admissão de pessoal também há de acontecer de acordo com as mesmas diretrizes, ou seja, por meio da organização de concursos públicos.

³³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 231. A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada. Publicada em 03 jan. 1995. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

Mesmo assim, a matéria não teve ainda pacificação doutrinária. À guisa de exemplo, pode ser citada a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que continuou a entender que as pessoas estatais encarregadas da exploração de atividades econômicas estão dispensadas do concurso público, quando o procedimento for capaz de repelir profissionais especializados absorvidos pelo mercado com grande rapidez, ou quando puder impedir a consecução das atividades normais do setor.³³⁴

O certo é que a existência de lei nacional disciplinando os concursos públicos poderia por fim às especulações reinantes sobre a interpretação correta a ser tirada da Constituição Federal vigente, subtraindo do âmbito dos Tribunais tão intrincado mister.

4.4.4 A regulamentação do conteúdo das provas

A Constituição Federal determina que os concursos públicos devem consistir na avaliação por provas ou provas e títulos, na forma prevista em lei (art. 37, II). Tal dispositivo não recebeu regulamentação específica por parte do legislador infraconstitucional, de modo que os entes políticos e órgãos da Administração organizam as provas como melhor lhe parecem, cabendo ao Judiciário realizar o controle de sua legalidade, principalmente por meio da aplicação do princípio da razoabilidade.

Tal situação permite que as provas assumam contornos subjetivos. Com isso, uma mesma assertiva pode ser considerada verdadeira ou falsa, dependendo da orientação assumida pela banca examinadora; assim, são aprovados não os mais capazes e sim aqueles que apresentam um conhecimento mais parecido com aquele perfilhado pelos examinadores escolhidos pelo órgão.

³³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 212-213.

Para Francisco Lobello de Oliveira Rocha, a aplicação de uma prova objetiva requer a observância de dois aspectos. O primeiro deles é a eliminação de tópicos controversos ou polêmicos. Caso tais pontos sejam cobrados, o examinador deve aceitar todas as respostas compatíveis com os entendimentos esposados pela doutrina e/ou jurisprudência, sendo admissível a desconsideração de respostas que não constituam vínculo com nenhum dos pensamentos vigentes. Assim, por exemplo, caso a resposta dada pelo candidato seja considerada errada, o gabarito poderia ser alterado diante da apresentação, em sede de recurso, de doutrina respaldando a afirmação por ele apresentada na prova.³³⁵

O segundo aspecto da objetividade é a apresentação de enunciados claros, despojados de rebuscamento ou dubiedade. Caso a questão não permita ao candidato inferir exatamente o que o examinador pretende avaliar, é possível a sua anulação tanto pela Administração quanto pelo Judiciário.³³⁶

Para Márcio Barbosa Maia, a banca examinadora não tem o condão de eleger como certa uma resposta fundamentada em posicionamento isolado, contrariando construções técnico-científicas consolidadas, a não ser que haja, na própria assertiva, vinculação da resposta a uma doutrina específica. De fato, é necessária a adoção de critérios objetivos para a avaliação do conhecimento pretendida, o que se faz possível por meio da indicação da fonte do conhecimento escolhido pela comissão do concurso. Assim termina justificada até mesmo a cobrança de posições não majoritárias, desde que não sejam isoladas ou próprias do examinador, sob pena de violação do princípio da moralidade, impessoalidade e isonomia.³³⁷

A inexistência de uma regulamentação acerca da cobrança do conteúdo programático permite que se verifiquem situações de vilipêndio ao princípio da isonomia entre órgãos da Administração de mesma hierarquia, que organizam provas de níveis de dificuldade distintos e mesmo com respostas diametralmente opostas. Com isso, a discricionariedade do administrador transmuda-se em desculpa para a organização de

³³⁵ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 130.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108-110.

concursos desnecessariamente difíceis, em que se verifica que o objetivo não é a contratação, mas a arrecadação dos valores de inscrição e a obtenção do título de “concurso mais difícil”, como se os membros daquela carreira fossem servidores públicos mais importantes que os demais.

Portanto, a edição de lei que viesse dispor sobre o conteúdo das provas aplicadas em concursos públicos seria medida de grande utilidade, por racionalizar condutas que atualmente campeiam em absoluta discrepância de métodos.

4.4.5 A regulamentação dos critérios de padronização da aplicação dos exames

A Constituição Federal não se detém nas minúcias relativas à aplicação das provas, nem o faz a legislação infraconstitucional. Isso torna possível que os órgãos e as empresas organizadoras de concursos públicos adotem seus próprios critérios de aplicação dos exames, muitas vezes violando direitos dos candidatos e a isonomia que deve ser mantida entre eles.

Nesse sentido, por exemplo, é comum que certas organizadoras proíbam o candidato de usar relógio de pulso de qualquer espécie, enquanto outras proíbem apenas o uso de relógio do modelo digital. A inexistência de um padrão torna possível que os fiscais, muitas vezes atuantes em concursos de todas as organizadoras, misturem as regras, deixando de permitir o uso de relógio analógico em concursos em que o edital não contenha tal proibição. Tendo em vista que em algumas salas de aplicação das provas tal proibição seja absoluta e em outras, seja seguida a regra prevista no edital, haverá a violação da isonomia entre os candidatos, sendo que aqueles com acesso à hora poderão controlar melhor o tempo despendido ao longo do exame.

Algumas organizadoras de concursos públicos, ao suprimir dos candidatos o meio de controle do tempo, substituem-no por um próprio, em que o fiscal fica encarregado de informar aos candidatos o tempo transcorrido após certos períodos de tempo, que podem variar de uma hora a quinze minutos ao longo do exame. Trata-se de uma solução paliativa e

defeituosa para o problema da supressão dos relógios dos candidatos, pois pode ocorrer de, em uma das salas, o fiscal simplesmente esquecer-se de oferecer tal informação dentro do prazo devido, sabotando o controle do tempo efetuado pelos candidatos que realizam o exame dentro daquele recinto. Além disso, supondo-se que os candidatos de outras salas sejam devidamente informados acerca do decorrer do tempo, verificar-se-á uma violação à isonomia. Lado outro, a periódica enunciação pelos fiscais do tempo faltante é medida capaz de criar nervosismo em muitos candidatos, prejudicando-lhes o desempenho.

Tal situação poderia ser resolvida por meio de um comando normativo que obrigasse as organizadoras a adotar um único sistema de controle do tempo, consistente na fixação de relógios de parede em local visível por todos os candidatos na sala. O controle do início e término dos exames continuaria a ser realizado pelos supervisores do prédio, por meio de uma sirene central acionada apenas após a confirmação de que todos os candidatos estivessem prontos a iniciar suas provas. Assim a isonomia estaria garantida mesmo com a proibição do uso de dispositivos pessoais de contagem de tempo.

Se há razões para a padronização de particularidades relativas à aplicação das provas, os motivos para a padronização das questões em si são ainda mais relevantes. De fato, a aplicação de questões com conteúdo diverso invariavelmente altera o seu grau de dificuldade. Obviamente, não há isonomia entre candidatos submetidos a questões com diferentes níveis de dificuldade. Assim, não se admite a aplicação de questões distintas para a mesma ocasião avaliativa mesmo sob o pretexto de serem evitadas fraudes. Nesse caso, o único meio de combate à fraude que o administrador pode empregar é a distribuição de questões com mesmo conteúdo em ordem diversa.³³⁸

Pelas mesmas razões acima apresentadas, é altamente recomendável que os meios de combate a fraudes, bem como as respectivas punições, sejam objeto de padronização para todos os concursos públicos realizados no país, sob pena de violação de direitos pessoais dos candidatos e da própria isonomia. Uma vez que a conduta de frustrar a lisura do concurso

³³⁸ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 130.

público tem contornos mais claros, é possível a cominação das penas previstas no art. 171 do Código Penal e, para o agente público que contribuir com a fraude, no art. 11, V, da Lei nº 8.429/92. Nota-se, entretanto, que os referidos dispositivos não foram criados especificamente para a repressão de candidatos que frustram o concurso público, o que pode fazer com que a repressão administrativa ou criminal não sejam tão eficientes para coibir a conduta ou reabilitar o criminoso. Nesse ponto, fica mais uma vez clara a necessidade de criação de normas jurídicas especificamente voltadas para a regulamentação dos concursos públicos.

Com referência à adoção de meios para coibir as “colas”³³⁹ ou fraudes, a sua padronização, ainda que necessária, revela-se como um desafio constante para o administrador, uma vez que os avanços tecnológicos e a própria criatividade dos candidatos exige que a Administração sempre estabeleça novos meios de combate às condutas ilícitas, impedindo o estabelecimento de regras muito rígidas nesse aspecto. De toda maneira, a lei pode reduzir o grau de discricionariedade do administrador quanto à questão, permitindo-lhe proceder consoante o desenvolvimento tecnológico exija, sem portanto perder de vista a necessidade de assegurar a isonomia entre os eventos de seleção.

A padronização dos exames encontra dificuldades ainda maiores nas provas de espécie oral. Inicialmente, é preciso ter em conta que tal prova viola a confidencialidade que deve haver entre o examinador e o examinado, tendo em vista a necessária proximidade entre ambos para a avaliação de elementos não vinculados ao conhecimento do candidato. Imaginar um modo de proceder à avaliação oral sem identificar o examinado é um exercício inglório. Levando em consideração que somente o desconhecimento acerca da identidade do examinado pode garantir que o examinador não o avalie por razões subjetivas, não é possível assegurar que a prova oral atenda aos princípios da legalidade e da moralidade.³⁴⁰

³³⁹ “A ‘cola’ é a tentativa do candidato de fraudar o concurso ou falsear seus resultados com a utilização de meios proibidos” (ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 131). Nesse sentido, o emprego de qualquer meio capaz de conferir vantagem indevida ao candidato deverá render-lhe a eliminação, bastando que o edital indique seu uso como proibido.

³⁴⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 331.

A isonomia tampouco é facilmente alcançada, tendo em vista que, mesmo quando as mesmas questões são aplicadas a todos os candidatos, critérios subjetivos como timidez e nervosismo fazem com que a mesma resposta dada por dois candidatos diferentes possa ser avaliada de modo distinto.³⁴¹

Além disso, a simultaneidade na realização do exame, uma das garantias da isonomia entre os candidatos, não pode ser mantida nas provas orais.³⁴² De fato, a mesma banca examinadora só pode ocupar-se da inquirição de um candidato por vez. E deve ser assim, uma vez que o emprego de duas ou mais bancas também violaria a isonomia, permitindo a realização de questões com graus de dificuldade distintos.

Mesmo diante de tais evidências, a ausência de contestações, por parte da doutrina ou da jurisprudência, quanto à constitucionalidade dessa espécie avaliativa impressiona.³⁴³ Contudo, em vez de sugerir a extinção dessa modalidade avaliativa, Márcio Barbosa Maia defende a aplicação de medidas capazes de garantir a licitude do procedimento, entre elas: a proibição da prova oral realizada com apenas um examinador; a realização de sorteio prévio dos pontos a serem abordados, antes, portanto, do início da arguição; o oferecimento aos candidatos de um ambiente propício, sem incitação ao terror, porquanto a prova oral não tem caráter psicotécnico; a aplicação da prova em sessão pública; a gravação da prova e o oferecimento do direito de defesa ao candidato.³⁴⁴

Por sua vez, Francisco Lobello de Oliveira Rocha acrescenta a necessidade de que a nota dada pela banca seja a média das notas dadas por cada examinador, não sendo possível que a banca em conjunto atribua uma nota única ao candidato. De fato, o resultado deve ser apresentado individual e motivadamente por cada examinador, sem interferência dos

³⁴¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 332.

³⁴² MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

³⁴³ MOTTA, op. cit., p. 332.

³⁴⁴ MAIA, op. cit., p. 115-117.

demais. Somente após todos os examinadores indicarem suas notas, a média poderá ser calculada.³⁴⁵

O autor aponta também a necessidade de fixação de um gabarito para todas as questões orais formuladas, que deverá ser divulgado, juntamente com as notas individuais conferidas por cada examinador, tão logo termine a inquirição do último candidato. Isso ajuda a conferir objetividade à avaliação oral.³⁴⁶

Enfim, dada a fragilidade da mensuração dos conhecimentos realizada pela prova oral, ela deve ser sempre acompanhada de provas escritas. Tampouco recomenda-se conferir-lhe caráter eliminatório.³⁴⁷

Diante disso tudo, verifica-se a premente necessidade da criação de um compêndio legal para disciplinar a realização dessa modalidade avaliativa, determinando a aplicação dos critérios acima indicados a toda prova oral realizada em concurso público no país.

4.4.6 Instrumentalização do princípio da publicidade

A exemplo de todo ato administrativo, o edital do concurso público deve atender ao princípio da publicidade. Isto significa que o seu conhecimento deverá atingir o maior número possível de interessados, devendo a Administração assegurar que isso aconteça.

No entanto, a lei não prevê meios especiais para garantir que o conhecimento dos termos do edital e do próprio concurso público chegue a um grande número de pessoas. O que existe são previsões de publicidade dos editais de licitações. De fato, a Lei nº 8.666/93,

³⁴⁵ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 140.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 141.

³⁴⁷ *Ibidem*.

em seu art. 21, §2º, I, determina que, na modalidade de licitação denominada concurso, deverá haver um prazo mínimo de 45 dias entre a publicação do edital e a realização dos exames.

Márcio Barbosa Maia recomenda que a norma jurídica em questão seja aplicada analogicamente aos concursos públicos, com visas a evitar os abusos na fixação desses prazos, impedindo a devida preparação dos candidatos e até mesmo a sua participação no certame, por falta de divulgação tempestiva da sua realização.³⁴⁸

A ocorrência de tais abusos representa consequência nefasta oriunda da ausência de regulamentação específica dos concursos públicos. De fato, o administrador incauto pode utilizar a inexistência de norma específica como argumento para deixar de indicar prazo razoável entre a publicação do edital e a realização das provas, sem que para tanto seja responsabilizado. Além disso, a interpretação analógica pode não se justificar se o administrador estabeleceu um prazo pouco inferior aos 45 dias, porque, mais uma vez, a referida norma não se aplica diretamente aos concursos públicos.

Com efeito, o concurso de que trata a Lei nº 8.666/93 constitui “modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores” (art. 22, §4º). Não há semelhança conceitual entre ele e o concurso público para preenchimento de cargos ou empregos. E, se não há semelhança entre os institutos, tampouco há fundamento para a analogia dos prazos de publicidade.

A inadequação da disciplina legal é bem ilustrada quando se imagina um concurso público em que houve 45 dias entre a publicação do edital e a realização das provas, mas o prazo de inscrições dos candidatos foi de apenas dois dias após a publicação. Nesse caso, haveria evidente violação à publicidade, pois mesmo ciente da realização do certame, o interessado não poderia inscrever-se para nele participar.

³⁴⁸ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

Assim, a interpretação analógica sugerida pela doutrina não resolve o problema da possível deficiência de publicidade dos concursos públicos, dadas as peculiaridades do instituto. Nesse sentido, somente a análise criteriosa do fenômeno e a consequente criação de uma norma específica poderiam garantir a efetiva aplicação de princípio tão importante.

4.4.7 O impedimento à profissão de crenças

Questão que também aflige muitos candidatos em concursos públicos é a data da realização das provas. Os praticantes de algumas religiões, por convicção pessoal, estão impedidos de percorrer determinadas distâncias ou realizar atividades intelectuais ou físicas em dia de sábado.³⁴⁹

Como não existe critério legal para a fixação da data das provas, muitas vezes os candidatos são obrigados a vilipendiar suas próprias convicções para comparecerem ao local de prova na data indicada.

A Constituição Federal assegura a todos inviolabilidade de consciência e de crença (art. 5º, VI), bem como o oferecimento de prestação alternativa a quem invocá-la para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (art. 5º, VIII). No caso da realização de provas de concursos públicos, isso não é possível. A realização de provas em dias distintos para os impedidos de realizarem atividades em dias de sábado certamente violaria a isonomia, pois as provas precisariam ser distintas e conseqüentemente seu nível de dificuldade também seria diferente. Também não se pode admitir a fixação dos exames em qualquer dia, sob pena de violar as cláusulas pétreas constitucionais acima indicadas.

De fato, para Márcio Barbosa Maia, havendo possibilidade de compatibilizar o exercício da liberdade de crença com o interesse público, a Administração está obrigada a

³⁴⁹ A exemplo disso, os membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia.

tomar as medidas necessárias no sentido de garantir ao candidato o atendimento às suas prerrogativas constitucionais, inclusive para evitar a aplicação da prova em dia de guarda.³⁵⁰

O STJ já decidiu a questão confirmando os argumentos acima vazados. Contudo, como o pleito do candidato era a realização das provas em dia da semana diverso – o que contrariaria o edital –, foi negado, ao argumento de que a Administração, após publicado o instrumento convocatório, não pode estabelecer critérios de favoritismo ou perseguição entre os candidatos.³⁵¹ No entanto, vê-se claramente que, ao prestigiar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o STJ deixou de reconhecer vigência aos incisos VI e VIII da Constituição. Enquanto isso, a ausência de uma definição a respeito provoca insegurança jurídica, porquanto no TRF da Primeira Região, por exemplo, prevalece o entendimento de que é possível a reaplicação da prova.³⁵²

A solução para o caso depende do impedimento da realização de provas em determinados dias da semana. Como a questão tem reflexos em todos os concursos públicos, só poderia ser disciplinada com eficiência por uma lei nacional que trate especificamente do tema.

³⁵⁰ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16107. Relator: Ministro Paulo Medina. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO - CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA - PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE - NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VII, CR/88 - ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL - RECURSO DESPROVIDO. 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital. 2. O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos. 3. Recurso não provido. Publicado em 01 ago. 2005 (DJ, p. 555).

³⁵² É o que se decidiu nas Remessas Ex Officio em Mandado de Segurança 200334000411087, 200634000060944 e 200634000039670, na Apelação em Mandado de Segurança 200434000086881 e no Mandado de Segurança 200701000431484. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

4.4.8 Uniformização dos documentos exigidos e data de sua apresentação

É certo que cada cargo público disputado demanda habilidades e conhecimentos distintos, a serem provados por meios diversos. Entretanto, a ausência de uma regulamentação universal possibilita que a Administração exija o cumprimento de tais requisitos em data anterior à posse – o que se revela um arbítrio, pois as habilidades do candidato só serão realmente demandadas quando do exercício do cargo.

Com efeito, pode ocorrer de o candidato aprovado no concurso antes do cumprimento de alguma das condições exigidas pelo edital, tal como a colação de grau em curso superior ou o exercício do prazo mínimo de atividade jurídica, ser excluído da disputa. A exclusão pode acontecer por não haver preenchido a exigência respectiva até a data de publicação do edital, ou de realização das provas, ou mesmo da posse, consoante o que estiver previsto no instrumento convocatório.³⁵³

A lei regulamentadora poderia identificar a dissonância entre a disposição porventura inculpada no texto do edital e o princípio da razoabilidade, até porque a uniformização do marco temporal para o tema em debate é tormentosa. O que não está correto, sem sombra de dúvida, é a permanência do estado de coisas atual, em que cada edital estipula de forma diferente, criando soluções diferentes para idênticas situações.

Outra disparidade muitíssimo identificada em editais de concursos públicos diz respeito aos documentos de identificação exigidos do candidato para o acesso ao local de provas. Qualquer documento original, dotado de fé pública, é capaz de conferir acesso à sala de provas. No entanto, a falta de regulamentação torna possível que os editais, em evidente arbítrio, demandem a apresentação de um documento específico, como a carteira de identidade. Tal situação constitui negativa de fé a documento público, e faz-se vedada pelo art. 19, II, da Constituição.

³⁵³ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

Em suma, lei nacional que tratasse do processo alusivo aos concursos públicos poderia se não por cobro ao menos diminuir de maneira considerável tantas variações para situações idênticas, dando segurança aos candidatos e facilitando a atuação da Administração e, por óbvio, do próprio Judiciário quando chamado a decidir.

4.4.9 A Portaria MP n° 450/2002

A inexistência de regras jurídicas claras acerca da realização e padronização dos concursos públicos tem levado a Administração a sucumbir à tentação de estabelecer, ela própria, tais comandos, com vistas a assegurar o seu amplo grau de discricionariedade à revelia dos eventuais direitos dos candidatos.

Nesse sentido, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Portaria MP n° 450, de 6 de novembro de 2002, que tem por objeto estabelecer normas gerais para a realização de concursos públicos no âmbito da Administração pública federal direta, autárquica e fundacional.³⁵⁴

Tendo em vista que a matéria tratada pelo referido ato não se acha regulamentada por lei, é possível considerá-la um verdadeiro regulamento autônomo e, portanto, inconstitucional.³⁵⁵

Mesmo assim, a referida Portaria não foi capaz de enfrentar as questões mais palpitantes que envolvem a realização dos concursos públicos. Suas disposições limitam-se à fase autorizativa do certame, à realização de considerações acerca da publicação do edital, à distribuição das fases e etapas dos concursos públicos e a outras disposições genéricas.

³⁵⁴ Excepcionam-se as carreiras relacionadas à Advocacia-Geral da União, de Diplomata e do Ministério das Relações Exteriores (art. 20 da Portaria MP 450/02).

³⁵⁵ MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14.

Com a leitura da Portaria MP n° 450/2002 é possível vislumbrar as melhoras que uma regulamentação legal dos concursos públicos poderia trazer. De fato, apesar de não aprofundar muito nas questões relativas à aplicação das provas, o referido ato estabelece, em seu art. 17, uma vinculação entre o valor cobrado a título de inscrição no concurso e a remuneração inicial do cargo ou emprego público disputado.

Esse dispositivo merece críticas do ponto de vista dos princípios da eficiência e da modicidade. Afinal de contas, o valor da remuneração dos cargos em disputa em nada se relaciona com as despesas da Administração na realização do certame, que são o fator efetivamente decisivo para a fixação da taxa de inscrição. Todavia, é inegável que a referida disposição serve para impor um critério para a fixação do valor das inscrições. Assim, torna-se possível vislumbrar, por meios objetivos, quando o valor da taxa de inscrição é abusivo e pode ser administrativa ou judicialmente contestado. Desse modo, a fixação de critérios universais para o estabelecimento de tais valores mostra-se comprovadamente benéfica, especialmente se adotar como orientação elementar o valor gasto pela Administração com cada candidato.

Conclui-se que apesar de o administrador haver falhado na edição da Portaria MP n° 450/2002, o ato demonstra a validade da iniciativa em regulamentar, por meio de lei, os concursos públicos, de forma a limitar o arbítrio do administrador e fazer com que situações de ilegalidade tornem-se mais evidentes, tanto aos olhos do juiz quanto do gestor público.

4.4.10 Projetos de lei de regulamentação dos concursos públicos em tramitação

Há em curso no Congresso Nacional pelo menos 33 projetos de lei³⁵⁶ tratando de aspectos relativos aos concursos públicos. Dentre eles, destacam-se os seguintes:

PL 1.196/2011 (Deputado Sabino Castelo Branco): Assegura aos pais ou responsáveis legais por pessoa portadora de deficiência permanente ou incapacidade permanente percentual de 3% das vagas na participação em concursos para ingresso em carreira da Administração Pública Federal e também na iniciativa privada.

PL 60/2009 (Senador Antonio Carlos Valadares): Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que "dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências", para instituir cotas mínima de 5% para idosos no serviço público.

PL 33/2011 (Senador Mozarildo Cavalcanti): Acrescenta artigos à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), dispondo sobre a reserva de 5% das vagas nos concursos públicos para os trabalhadores indígenas.

PL 193/2007 (Senador Raimundo Colombo): Dispõe sobre a isenção por dois anos do pagamento de taxas de inscrição de concursos públicos da Administração Federal e de exames vestibulares das instituições federais de educação superior aos jurados do Tribunal do Júri e aos eleitores nomeados para compor as Mesas Receptoras ou Juntas Eleitorais.

PL 316/2011 (Senador Blairo Maggi): Estabelece que, em respeito a crenças e convicções religiosas, provas de concursos e vestibulares sejam realizadas entre 8h de domingo e 18h de sexta-feira. Se não for possível, após as 18h de sábado, ficando o candidato incomunicável.

³⁵⁶ Os dados dos projetos de lei enumerados neste tópico foram obtidos por meio de consulta aos sítios da Câmara dos Deputados (<<http://www.camara.gov.br>>) e do Senado Federal (<<http://www.senado.gov.br>>). Acesso em: 22 out. 2011.

PL 005/1999 (Deputado Silas Brasileiro): Estabelece dias da semana para realização de provas de concursos públicos.

PL 5326/2009 (Deputado Geraldo Resende): Dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação de editais de concursos públicos impressos no Sistema Braille.

PL 6582/2009 (Senador Marconi Perillo): Altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estabelecer o direito à nomeação nos concursos públicos.

PL 277/2011 (Deputado Romero Rodrigues): Estabelece a obrigatoriedade da nomeação imediata de candidatos aprovados em concursos públicos federais da administração direta e indireta, estando dentro do número de vagas previstas no edital.

PL 605/2011 (Deputado Weliton Prado): Estabelece a proibição de realização de provas de concursos públicos e vestibulares aos sábados.

PL 2389/2007 (Deputado Otavio Leite): Estabelece a obrigatoriedade do direito à realização da inscrição no concurso público de forma eletrônica, via Internet. Também obriga a disponibilização do edital na Internet.

Observa-se que tais propostas lidam com aspectos pontuais da realização do certame, como a isenção de taxas de inscrição para algumas pessoas, a reserva de vagas e a regulamentação dos dias da semana em que as provas podem ser realizadas. Não tratam do tema com a abrangência necessária que uma codificação pode trazer. Contudo, alguns projetos de lei pretendem preencher tal lacuna. É o caso dos PLs 3461/89 (Senador Jutahy Magalhães), PL 252/03 (Senador Jorge Bornhausen) e PL 16178/07 (Deputado Marcondes Gadelha). Todos eles contêm normas gerais para os concursos públicos.

Tendo em vista o caráter efêmero das proposições acima citadas, não se faz conveniente tecer considerações específicas a respeito do teor de cada uma delas. No entanto, a sua enumeração demonstra um aspecto importante do objeto de estudo: o fato de que a regulamentação dos concursos públicos é um assunto pertinente dentro do ordenamento legal

brasileiro. No caso do PL 3461/89, verifica-se que a data de sua apresentação remonta às origens do próprio sistema constitucional atual. Isso demonstra que, pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1988, já era percebida a insuficiência de suas regras para que a regência dos concursos públicos pudesse acontecer de modo eficiente e justo.

Como se vê, a necessidade de regulamentação da matéria já foi de há muito sentida pelo legislador, de modo que não faltam propostas nesse sentido. É necessário, entretanto, conferir maior celeridade à apreciação de matérias tão importantes à garantia da aplicação de princípios caros à Administração Pública, como a moralidade e a isonomia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Resta claro que os concursos públicos despontam, historicamente, como a forma mais eficiente, do ponto de vista do interesse da coletividade, para escolher as pessoas que atuarão no serviço público. Assim ocorre porque o instituto em enfoque possibilita medir os conhecimentos e as habilidades necessárias ao exercício das atribuições dos cargos públicos, dentro de um processo administrativo realizado com transparência e isenção.

2. A mera escolha do concurso público como meio de promover a seleção da mão-de-obra do Poder Público não assegura, por si só, que tal processo transcorrerá em atendimento à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e demais princípios aplicáveis. A disciplina principiológica do tema, opção do legislador constitucional, é eficiente para traçar suas linhas gerais, mas não é capaz de evitar que sejam aplicadas interpretações espúrias, constitucionais apenas na aparência, para atendimento aos interesses de uns poucos em detrimento da eficiência do serviço público.

3. Os princípios possuem caráter universal, sendo a sua utilização recomendada quando se tem uma visão macroscópica dos eventos jurídicos a serem analisados. Por outro lado, as regras caracterizam-se por sua natureza pontual, de modo que se aplicam quando a questão em tela é minuciosa e específica. Neste contexto, embora a principiologia atinente ao processo administrativo do concurso público seja vasta e consolidada, a ausência de regras específicas termina por criar sérios embaraços ao seu procedimento.

4. Embora seja a Constituição brasileira, quanto à sua extensão, classificada pela doutrina como analítica, não convém ao legislador constituinte deliberar acerca de pormenores dos institutos por ele previstos, sob pena de redução da força normativa do Texto Magno. Assim, andou bem o constituinte ao prever apenas o essencial nessa matéria, confiando em que o legislador infraconstitucional cumpriria seu papel de regulamentar as relações principiológicas delineadas ao longo do art. 37 da Constituição.

5. À falta de normas legais específicas, o Judiciário tem sanado as inúmeras controvérsias que envolvem a realização de concursos públicos. Entretanto, nem sempre a interferência judicial resulta em jurisprudência unânime, propiciando soluções díspares para situações idênticas. Ademais, o princípio da inércia jurisdicional faz com que inúmeras pessoas terminem prejudicadas enquanto participantes de concursos públicos somente por não terem exercido o direito de ação.

6. A ausência do caráter legal das decisões judiciais e dos atos administrativos concernentes ao concurso público tem um importante papel na existência das celeumas atinentes à matéria. Em razão da natureza de Estado Democrático de Direito assumida pelo Brasil, a fixação de normas por força de lei confere estabilidade jurídica às situações normatizadas. Não obstante os problemas de ordem institucional enfrentados pelo Poder Legislativo, a lei em si ou é obedecida, ou fornece padrões confiáveis para que o Poder Judiciário oriente-se ao aplicar punições e determinar o modo de agir da Administração.

7. A própria classe política já reconhece a necessidade de esclarecimento do tema por meio de leis, o que se constata diante da grande quantidade de projetos em trâmite perante o Congresso Nacional tendo por objeto a regulamentação de questões relacionadas à realização de concursos públicos.

8. O processo administrativo alusivo ao concurso público é matéria de competência legislativa privativa da União e o tratamento do assunto por outro ente federativo renderia a inconstitucionalidade do compêndio legal elaborado. Logo, a lei dos concursos públicos deverá ser sancionada pela União, com caráter nacional, tudo em atendimento a tal competência.

9. A inexistência de regulamentação dos concursos públicos por meio de uma lei abrangente é nociva ao interesse público, porque dá fundamento à insegurança jurídica e à violação dos princípios constitucionais impostos à Administração.

10. A regulamentação dos concursos públicos por lei nacional será um passo importante para a profissionalização do servidor público, uma vez que assegurará a aprovação dos candidatos

melhores e mais adequados ao exercício das funções em disputa e promoverá efetivo respeito aos princípios constitucionais que norteiam a matéria.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 3, t. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. v. 3, t. 2. São Paulo: Saraiva, 1993.

BORGES, Maria Cecília Mendes. Editais de concursos públicos e seus elementos padrões diante dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 70, p. 30, jan./mar. 2009.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Controle jurisdicional dos atos de prorrogação de concurso público e de nomeação dos candidatos aprovados. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano V, nº 56, p. 693-716, mar. 2005/2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Processo administrativo federal** (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil**. V. II. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

FERRAZ, Luciano. Controle consensual da Administração Pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do Município de Belo Horizonte. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 15-44, jul/ago. 2007.

_____. **Direito municipal aplicado**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal de processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Machi Lopez, 1975.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JESUS, Noel Antonio Tavares de. O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano IX, nº 101, p. 427-435, dez. 2009/2010.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. Controle judicial em provas de concursos públicos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, p. 71-84, mar/abr. 2011.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAIA, Márcio Barbosa. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. **Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Nacional, 1975.

MINAS GERAIS. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2010. Edição especial Concursos Públicos.

MOTTA, Fabrício. (Coord.). **Concurso público e constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano. (Coord.). **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder da Silva; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais**. São Paulo: Atlas, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética, 2006.

RODRIGUES, Vinícius Magno Duarte. Da retificação do edital de concurso público na perspectiva do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, ano IX, nº 101, p. 421-422, dez. 2009/2010.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

SILVEIRA, Raquel Dias da. **Profissionalização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUSA, Éder. **Concurso público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 84, p. 64-74, 1987.

_____. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. **Lei de responsabilidade fiscal comentada artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: NDJ, 2005.

TOURINHO, Rita. **Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa. (Coord). **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.