

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSISS

BRENDA REZENDE PEREIRA RODRIGUES

**O LEQUE DE COGNOSCIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE
QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS
EFETIVOS**

UBERLÂNDIA

2018

BRENDA REZENDE PEREIRA RODRIGUES

**O LEQUE DE COGNOSCIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE
QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS
EFETIVOS**

Projeto de Pesquisa Apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Federal de Uberlândia,
a ser utilizado para manufatura do Trabalho de
Conclusão do Curso.

Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo

UBERLÂNDIA

2018

BRENDA REZENDE PEREIRA RODRIGUES

O LEQUE DE COGNOSCIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE
QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS
EFETIVOS

Monografia apresentada a Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luiz Carlos Figueira de
Melo

Banca Examinadora Uberlândia, 27 de Abril de 2018.

Professor Luiz
Carlos Figueira de Melo - Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia,
MG

Mestrando
José Luiz de Moura Faleiros Júnior - Universidade Federal de Uberlândia –
Uberlândia, MG

Professor
Lincoln Faria - Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia, MG

UBERLÂNDIA

2018

Agradeço acima de tudo à Deus, que me guiou por todas as dificuldades para o alcance desse sonho e conquista.

Dedico aos meus pais e irmã, por todos os sacrifícios feitos ao longo dos últimos cinco anos, por sonharem ao meu lado, e por me inspirarem a lutar e acreditar em mim.

Às minhas melhores amigas, base forte de todos os caminhos que sigo, que me acompanharam em mais essa jornada e demonstram seu amor todos os dias, Isabella, Samarah, Sarah, Letícia, Géssica, Amanda e Camila.

E aos meus mestres e mentores durante o curso, que tanto ensinaram a mim na teoria e prática da atuação dentro do Direito, e sem eles sei que não chegaria até aqui. Em especial ao maior mentor que tive dentro do Direito, Juiz Federal Thiago Cordero Pivotto.

RESUMO

A Interferência do judiciário na revisão de questões de concurso demonstra-se necessária dentro do cenário atual do país. O objetivo do trabalho é delimitar os argumentos utilizados pelas partes e compreender o posicionamento jurisprudencial brasileiro. Para tanto, a presente pesquisa abordou as principais características do regime administrativo brasileiro, explicitando as normas e princípios norteadores da administração pública. Após, buscou a compreensão de quem são os agentes públicos e como funciona o exercício de suas funções. Dessa forma, ao apresentar a jurisprudência dentro da temática abordada, fácil torna-se a conclusão das razões que levam o judiciário a tomar uma postura minimalista e consoante com nosso cenário legal.

Palavras-chaves: concursos públicos, interferência, judiciário, revisão, questões.

Sumário

1- INTRODUÇÃO	6
2- DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	10
2.1- OS PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS QUE NORTEIAM O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	12
2.2- DOS AGENTES PÚBLICOS	21
3- A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INVESTIDURA NOS CARGOS PÚBLICOS	25
3.2- A ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS E SUAS CARACTERÍSTICAS ATUAIS	26
4- A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA REVISÃO DE QUESTÕES DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS E O PANORAMA GERAL HISTÓRICO-JURISPRUDENCIAL	34
4.1- A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O ATUAL ENTENDIMENTO DO JUDICIÁRIO SOBRE A SUA INTERFERÊNCIA NOS CONCURSOS PÚBLICOS	36
5- CONCLUSÃO.....	45

1- Introdução

Vive-se em um cenário de crise econômica, de concursos públicos com concorrências assustadoras, desemprego e problemas políticos. Pois bem, dentro desse cenário, os cargos dentro da administração pública, seja pelo valor da remuneração ou pela estabilidade são extremamente visados.

Nesse contexto social, a demanda no judiciário em busca de resolução de problemas relacionados ao ingresso no serviço público aumenta diariamente, e dentro disso, estão inseridos os concursos públicos, que são a forma prevista na Constituição Federal vigente de ingressar na administração pública em cargo efetivo.

Porém, dentro dos processos seletivos, que podem envolver diversas fases, fica a cargo da administração pública, com a determinação de bancas, a elaboração e positivação de editais e provas prático-profissionais. Assim, a administração pública goza de princípios e determinações legais que garantem a sua independência na elaboração e execução de seus atos.

Contudo, fato é que esses atos administrativos não são de livre vontade do administrador público, e encontram-se vinculados às normas constitucionais que norteiam o regime jurídico administrativo, à fim de proteger a democracia brasileira com seus direitos e deveres.

Sendo assim, ao realizar a edição de um edital, a administração deverá atentar-se às questões legais que envolvem a carreira e norteiam o próprio funcionamento da máquina administrativa.

Porém, tem-se diversas hipóteses nas quais a administração pública não se atenta a alguns pontos, e como ato vinculado, ao destoar das previsões da legislação, torna-se ilegal, e assim deve haver correção da ilegalidade para garantir a efetivação dos direitos e deveres que regem o país.

Assim, como direito fundamental, no artigo 5º, XXXIV, a, de nossa Constituição Federal, tem-se a proteção do direito de buscar resolução no poder judiciário para tudo aquilo que contrariar as normas do nosso livro legislativo.

Dessa forma, ao deparar-se com atos da administração que se mostram ilegais por qualquer razão, cabe ao interessado buscar a resolução no Poder Judiciário. Assim, em caso de editais, ou até mesmo questões e exigências de provas que sejam por quaisquer motivos carentes de legalidade, tem-se o direito à justiça.

O presente trabalho busca a compreensão da atuação do judiciário nesse cenário, vez que devido ao princípio da separação dos poderes, existe um limite para a atuação dos magistrados em relação aos administradores e seus atos e decisões.

Tendo isso em vista, far-se-á no primeiro capítulo uma delimitação do funcionamento do regime jurídico administrativo, pois serão estudados dentro desse regime, todas as questões relevantes, acerca de princípios e legislação norteadora da administração pública, que são os garantes do funcionamento da máquina administrativa. Discute-se assim, acerca da utilização dessas normas e princípios do campo teórico ao prático, analisando-se assim a doutrina, a letra legal e o posicionamento jurisprudencial diante da aplicação das regras.

A partir dessa compreensão, será estabelecido no segundo tópico do primeiro capítulo, no qual se estuda quem são os agentes públicos e como funciona sua atuação no cenário da administração, o que aqueles que foram investidos em cargos públicos terão de função dentro da máquina administrativa, compreendendo assim as delimitações que impõe sua forma de agir e suas finalidades, e como são diferidos pela doutrina os conceitos dos agentes públicos, servidores públicos e agentes em colaboração.

Feita a delimitação de qual o regime e quem atua dentro dele, será feito no segundo capítulo uma delimitação histórica de como funcionou a investidura nos cargos públicos até a atualidade; mostra-se importante entender porque surgiu e como evoluíram as provas de concurso e sua relevância para sociedade. Dentro desse cenário histórico, relaciona-se a influência histórica no atual cenário concursário, entende-se que a partir da compreensão de como e porque surgiram determinadas normas, a aplicação prática delas torna-se mais palpável aos julgadores.

Após, em outro tópico do segundo capítulo, serão delimitadas as características que compõe o cenário dos concursos públicos na atualidade, quais as normas que regem as fases das provas até a posse do candidato, e como funciona a efetiva entrada em exercício e como se adquire estabilidade ou vitaliciamento dentro da administração pública.

Assim, com a compreensão dos princípios que norteiam todo funcionamento da administração, quem são os administradores e como ingressam em seu cargo, tem-se o panorama legal da temática formado para a discussão acerca do que seria ilegal, e do que se pode pedir remédio do Poder Judiciário.

Os administradores não podem gozar do princípio da discricionariedade para editar os atos por conveniência, devendo estes estarem sempre vinculados à legislação, e assim, apenas após a delimitação da legislação acerca de toda a máquina que passamos a análise da atuação do judiciário dentro de concursos públicos para investidura em cargos efetivos.

Assim, o terceiro e último capítulo, tratará do panorama geral dessa atuação, com alguns apontamentos dos fundamentos e sua evolução jurisprudencial em seu primeiro tópico, e em seu segundo tópico tratar-se-á do cenário atual, com o estudo de jurisprudências.

A finalidade do estudo em si é constatar qual a postura adotada pelo poder judiciário e se está em acordo com os princípios e normas do nosso ordenamento jurídico, para que possa ser esclarecido qual o grau ideal de atuação e interferência da justiça dentro de processos seletivos editados pela administração pública.

Para alcançar esse fim, utilizou-se como método o dedutivo, pois apresenta-se como uma interpretação, uma conclusão em cima de algo previamente existente, ou seja, a partir da base legislativa e doutrinária será possível chegar em uma conclusão mais específica acerca do tema.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, ou seja, a sua base será em livros acerca da temática, jurisprudências principalmente, vez que procura-se uma abordagem no cenário jurídico brasileiro em relação à temática,

além de revistas jurídicas, legislação prévia e artigos online. Ou seja, qualquer meio de obtenção de informações coerente com as discussões aqui apresentadas.

2- Do Regime Jurídico Administrativo

Inicialmente, é necessária uma compreensão sobre o funcionamento da administração pública em um panorama geral, para devida noção da necessidade de discussão acerca do tema aqui apresentado, vez que os princípios que regem a administração pública são determinantes para solução da problemática, sendo assim, devem ser devidamente apresentados.

Destaca-se inicialmente que a administração pública ou as suas relações externas diferem-se das relações privadas principalmente pela liberdade de seus atos. Entenda-se: as relações oriundas de direito privado, são em acordo com vontade das partes dentro da limitação legal, em busca de seus objetivos pessoais; as relações e atos estabelecidos pela administração pública, são necessariamente submetidos aos princípios expressos e implícitos estabelecidos pela Constituição Federal, vez que seus atos, dentro de uma democracia na qual a própria história gramatical da palavra traz a noção de “poder do povo”, devem ser em favor do detentor do poder, logo seus atos devem ser em acordo com a vontade do povo, sendo a administração pública gerenciadora do titular do poder. A esse respeito, Fabrício Motta (pág. 139/140):

O regime democrático é marcado pela titularidade do poder conferida aos cidadãos, e de tal assertiva decorre o direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais.

Sendo assim, os atos da administração pública são estabelecidos não por vontade pessoal de seus agentes, mas sim pela representação da vontade do povo. Nesse sentido, importante destacar o conceito de ato administrativo segundo Hely Lopes Meirelles (2016, pág.173) :

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Dessa forma, infere-se que esse regime seria o conjunto de regras que incidem sobre a administração envolvendo prerrogativas e obrigações para a

preservação dos interesses da coletividade, ou seja, o regime que irá conduzir as ações e as concessões dentro da administração do poder que emana do povo, que serão editados por meio desses atos administrativos.

Essa defesa do interesse primário está estabelecida dentro de direitos e deveres expressos e implícitos na legislação vigente no país, especialmente na Constituição Federal.

Com o cunho exemplificativo, ressalta-se como alguns deveres da administração pública a própria realização de concursos públicos (art. 37, II da Constituição Federal) para investidura em seus cargos, a contratação de serviços por meio de licitações (art.37, XXI da CR/88), a motivação imprescindível para edição de qualquer ato da administração pública, e o pagamento via precatório, previsto no art. 100 do mesmo diploma legal.

Já na esfera das prerrogativas da administração pública, destaca-se para fins do contexto aqui tratado a autoexecutoriedade, que dá a administração pública a independência na execução de seus atos, de forma que esta não precisa de qualquer autorização, seja do judiciário ou da parte que é atingida. Infere-se também as prerrogativas contratuais, as quais diferem-se muito dos contratos privados, vez que a administração pública pode unilateralmente alterar as regras aprovadas, pode rescindir unilateralmente o contrato, mesmo que o particular não tenha feito nada, apenas bastando a justificativa do interesse da coletividade.

Pois bem, em relação aos princípios norteadores da atividade administrativa, podemos elencar duas espécies: os explícitos e os implícitos; sendo os primeiros dispostos no art. 37 da Constituição Federal, tendo como destinatários a Administração direta e indireta, de forma que, estando dentro da administração, só podem atuar pelo interesse público. São esses princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O estudo será em torno deles a seguir.

2.1- Os princípios explícitos e implícitos que norteiam o regime jurídico administrativo

Inicialmente, discorrendo sobre a legalidade, ressalta-se que o princípio submete a administração a estar sempre dentro do que é expresso na lei, podendo editar seus atos apenas em acordo com os diplomas legais que disciplinem sobre a matéria em questão. Nessa seara, percebe-se que os atos administrativos estão hierarquicamente abaixo das leis, logo, em caso de ser contraditório à lei, o ato será ilegal.

Dentro da legislação constitucional, encontramos algumas referências ao princípios, tais como: a presença no art. 5º, II, que traz a garantia que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Ou seja, somente a lei pode impor obrigações ao povo, submetendo-se a administração pública conseqüentemente a editar seus atos em total acordo com a legislação, vez que o ato, por si só não terá autonomia para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo.

Infere-se também como exemplo do princípio dentro do mesmo texto legal que, em acordo com o art. 150, os entes federativos não podem criar ou majorar tributos em desacordo com Lei preexistente.

E para fins do tema aqui discorrido, o exemplo mais relevante, que trata da primeira fase externa de concursos públicos, que é o teor do edital. O edital é um ato administrativo, assim, para que o edital possa trazer alguma exigência, é necessária prévia legislação que discipline a carreira.

Cumprido ressaltar o respaldo constitucional acerca do tema, que em acordo com o disposto no art. 37, II, do texto legal, a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público ou provas de títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, em acordo com a lei.

Destaca-se do artigo que a aprovação em concurso público deve ser feita na forma legal, isso garante, dentro da aplicação do princípio da legalidade, que as exigências dos editais sejam rigorosamente feitas em acordo com a lei prévia

da carreira. Acerca da temática, constata-se a Súmula do Supremo Tribunal Federal número 44:

Súmula 44 STF: Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

A partir do teor dessa súmula, e na compreensão da temática discutida pelo Supremo, conclui-se que os editais devem respeitar os limites e as exigências constantes na lei, não podendo aumentar exigências que não tenham prévio respaldo legal, além de ter razoabilidade com as especificidades da carreira na realização de suas seleções e demandas.

Dentro disso, deve-se salientar que foi fixado também pelo Supremo que os Editais, por serem uma espécie de “lei” para aquele determinado concurso, não poderá ser alterado por mera conveniência, mas apenas para corrigir alguma ilegalidade, ou alguma adaptação legislativa necessária, ou para corrigir erro material, veja:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. EDITAL. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA FEDERAL. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA NO DECORRER DO CERTAME. OBEDIÊNCIA A DELIBERAÇÃO FORMALIZADA EM MOMENTO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO EDITAL. LEGITIMIDADE. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA A OCORRÊNCIA E A PUBLICIDADE DA MENCIONADA DELIBERAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE DEMONSTREM A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DOS CANDIDATOS. APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS 279 E 283, COM AS DEVIDAS ADAPTAÇÕES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os editais de concursos públicos são inalteráveis no decorrer dos certames, salvo quando alguma alteração se fizer necessária por imposição de lei ou para sanar erro material contido no texto. Permite-se ainda a correção de ambiguidade textual, nos termos da jurisprudência firmada acerca dos erros meramente materiais, desde que o sentido adotado tenha por base deliberação tomada prévia e publicamente pela comissão organizadora, em momento anterior ao início do próprio certame.

(AI 332312 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-01 PP-00130)

Nesse aspecto, destacam-se três atributos do ato administrativo: ele possui presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Assim, destaca-se que a presunção de legitimidade decorre do fato de todos os atos administrativos decorrem da lei, autoriza imediata execução de seus atos mesmo que tenham vícios e defeitos que causem sua ilegitimidade. Dessa forma, ocorre a transferência do ônus da prova de invalidade do ato para quem invoca.

Já a imperatividade impõe a coercibilidade dos atos, devendo ser executados, junto à força impositiva do poder público. Já a autoexecutoriedade garante a imediata atuação da administração, independente de autorização judicial, sendo assim, ao terceiro que se sinta ofendido pela atividade administrativa, resta a via judicial.

Em relação a outro respaldo constitucional importante acerca da regulação legislativa do exercício profissional está dentro dos direitos fundamentais do art. 5º, XIII da Constituição em vigor, que garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Nesse sentido, um exemplo é o próprio Estatuto da OAB, que regula o exercício da profissão de advocacia. Dentro disso, vale ressaltar que a Emenda número 45 da Constituição Federal, que lê-se no art. 93, trata da questão da exigência de prática jurídica para as carreiras de Magistratura e Ministério Público. Ou seja, para essas carreiras, é não apenas válida, mas constitucional a exigência da prática. Contudo, diversos concursos públicos exigem prática para alguns cargos que não tem essa previsão expressa; isso demonstra-se ilegal, vez que fere o próprio princípio da razoabilidade e da legalidade que deve ser garantida dentro da realização de provas de concurso.

Dessa forma, inúmeros problemas relacionados a editais surgem da exigência legal. Tendo em vista que as exigências edilícias devem estar em acordo com a lei reguladora da carreira, muitas vezes, quando não observados

os requisitos legais de forma correta pela banca, o judiciário deve entrar e interferir na continuidade do concurso.

Assim, no tocante a intervenção do judiciário nas provas de concurso, os editais que estiverem com exigências ilegais, devem ser alterados, mesmo que mediante interferência da justiça, vez que a proteção e garantia da aplicação das leis é a base fundamental que cerca o judiciário.

Em relação à exceções ao princípio da legalidade, encontra-se o estado de sítio e o estado de defesa, dispostos nos arts.139 à 139 do texto constitucional, que são estados de anormalidade institucional, que geram essa possibilidade de atos administrativos não estarem em acordo com legislação prévia.

Finalizado o necessário discorrimento acerca do princípio, vale ressaltar o princípio da impessoalidade, que acarreta a obrigação de tratar os administrados de forma neutra, impessoal, sendo hipótese de discriminação apenas aquilo que venha para o interesse público.

Dentro disso, o próprio concurso público, que trata investidura dos agentes nos cargos públicos, traz a aplicação da impessoalidade, sendo necessário destacar o teor da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, que garante o seguimento da ordem de classificação a fim de evitar que o princípio aqui tratado seja violado em qualquer momento da prova, inclusive após a aprovação, garantindo que a classificação objetiva seja o único requisito para convocação do candidato. Veja:

Súmula 15 STF: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Percebe-se também a presença do princípio na contratação de serviços, aquisição e alienação de bens, em acordo com o art. 37, XXI da Constituição Federal que trata das licitações. Importante destacar que existe lei específica para regular o funcionamento e as espécies de licitação (Lei 8.666/93).

Outra manifestação do princípio da impessoalidade na esfera constitucional que merece destaque é a ordem cronológica do pagamento de precatórios, que está disposto no art. 100 da Constituição Federal.

Assim, conclui-se que o princípio traz ao agente a obrigação de afastar-se de qualquer ímpeto pessoal quanto à finalidade do ato público, abstando-se de utilizar seu interesse pessoal, buscando garantir que a finalidade imposta pelo direito seja garantida e executada em acordo com a lei.

Passando ao princípio da moralidade, tem-se que a Constituição buscou garantir, em todas as brechas dos desvios humanísticos dos agentes, que não sejam afetados os atos públicos, para garantia da eficácia máxima da administração pública em seu fim social. Nesse sentido, no caso de violação do presente princípio, tem-se imoralidade, que é inconstitucional, logo pode ter remédio judicial para sanar a questão.

Nessa seara, estabelece-se que o princípio da moralidade não está em acordo com o padrão moral do indivíduo, e sim na coerência das ações dentro da administração pública. Logo, se o presidente nomeia algum ministro, a partir da tese da moralidade, ele não pode nomear qualquer pessoa, logo, dentro de uma contratação “imoral” caberia intervenção do judiciário na decisão do presidente, mesmo que de competência privativa dele a nomeação.

Nesse sentido, Celso Spitzcovsky (pag.256), traz o seguinte apontamento em relação ao princípio:

Neste momento, importante deixar claro que o princípio ora comentado se refere à moralidade administrativa, portanto, aquela intimamente ligada à preservação do interesse público.

Esta observação assume importância, uma vez que deixa claro não ter sido a preocupação da Constituição a disciplina da moralidade desenvolvida pelos particulares, tendo em vista atuarem eles em nome próprio, representando seus interesses, seu patrimônio.

Ou seja, nesse ponto vê-se que não configura uma ilegalidade aos particulares as mesmas coisas que aos administradores, vez que os primeiros buscam suas metas pessoais, e os segundos atuam em defesa do detentor do poder, qual seja, o povo. Logo, ao tratar do princípio da moralidade, tem-se a proteção do interesse público acima do interesse subjetivo dos agentes.

No que abrange o princípio da publicidade, importante ressaltar a necessidade da divulgação e da garantia de que os atos públicos, realizados pelos agentes, serão de conhecimento da sociedade como um todo, devendo o princípio garantir o acesso das pessoas aos atos da administração pública, vez que estes relacionam-se e afetam a todos que estão inseridos dentro da sociedade que é regida por determinada lei.

Dentro disso, o princípio da publicidade vem reforçado pelo art. 5º inciso XXXIII do texto constitucional. A esse respeito, infere-se como direito fundamental, e só pode ser excepcionado na hipótese da informação comprometer a soberania do estado. A esse respeito, existe Lei específica para regular, qual seja, a – Lei de Acesso à informações Públicas (12.527/2011).

Essa Lei traz em seus artigos a legitimidade para requerimento de acesso às informações (qualquer interessado, art. 10 do texto legal citado), e o prazo para fornecimento (imediate, exceto quando de difícil acesso, art. 11 da mesma lei). Dentro do texto legal também é definido o prazo pelo qual as informações secretas devem ser mantidas em sigilo (art. 24).

Por tratar-se de princípio expresso da Constituição, pode ser pleiteado no judiciário, e nesse caso, é importante fazer o seguinte apontamento: No caso do requerimento ser por informação pessoal, cabe Habeas Data (art. 5º LXXII, Constituição Federal); o Mandado de Segurança deve ser proposto apenas em caráter residual, na hipótese de informação sobre terceiros, conforme art. 5º, LXIX do texto constitucional.

Já a respeito do princípio da eficiência, tem-se nele a garantia da máxima eficácia dos atos da administração pública, aplicada da forma que mais favoreça a sociedade como um todo, imprimindo-se no princípio o entendimento de que a lei só poderá ser aplicada se for eficaz, em acordo com a realidade social e a finalidade máxima de bem comum.

Nesse contexto, tem-se que por este princípio, a administração pública deverá manter ou ampliar a qualidade dos serviços prestados sob pena de responsabilidade. Logo, entende-se como hipótese geradora de indenização no caso de não aplicação do princípio.

Na própria determinação constitucional de concursos públicos tem-se o princípio da eficiência em aplicação direta, vez que seleciona-se o candidato mais eficiente para trabalhar dentro da máquina administrativa.

Assim, apresentados os princípios explícitos na Constituição Federal do regime administrativo, cumpre ainda ressaltar aqueles que são implícitos, porém também reconhecidos como princípios que norteiam nosso sistema de administração pública.

Inicialmente, destaca-se o princípio da soberania do interesse público sobre o particular, que garante ao estado as hipóteses de sacrificar direito de terceiro, mesmo que este nada tenha feito, sob a justificativa do interesse público (exemplifica-se no caso a desapropriação).

Destaca-se também a autotutela, que de grande importância para o tema aqui apresentado, autoriza à administração a revisão de seus atos, anulando-os quando ilegais ou revogando por razões de conveniência e oportunidade. Nessa seara, ressalta-se que na revogação o ato era legítimo, o que altera é a permanência dele, que não atende mais ao interesse público, porém não possuía vício anterior. Nesse sentido, destaca-se a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 473 STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Tem-se ainda o princípio da motivação, que obriga à administração a justificativa para qualquer de seus atos, sendo assim, deve apresentar as razões para ele como requisito de validade do próprio ato. Logo ato desmotivado apresenta-se como inválido, assim, passível de apreciação do judiciário.

Dentro da temática aqui discutida, destaca-se que todos os atos de comissões de concursos devem vir acompanhadas de motivação, especialmente em caso de exclusão de candidatos, ressalta-se assim a súmula 684 do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

Súmula 684: É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

O ato administrativo também deve permanecer em acordo com dois outros princípios: o da finalidade (que exige que o ato administrativo não desvie do fim do bem comum) e da razoabilidade, sendo este último responsável por proibir a administração pública de exigir ou aplicar sanção em medida superior à necessária para preservação do interesse coletividade.

Dentro dos concursos, seguindo o princípio, as exigências de examinadores e administrador devem ser razoáveis, ou então merecem reforma do judiciário. Tem-se como exemplo editais de concurso com exigências que não tem ligação com a vaga, nesse sentido, destaca-se a exigência de no mínimo 20 (vinte) dentes na boca para guarda municipal do Rio de Janeiro, que gerou repercussão nacional e indignação, vez que não se trata de requisito objetivo e sim estético, à respeito:

“Se o concurso visa garantir a igualdade dos candidatos na hora de concorrer às vagas, as restrições impostas devem se adequar ao exercício da função, conforme a Constituição Federal”. A conclusão é do professor da Universidade Federal Fluminense, Cláudio Pereira de Souza Neto. (artigo conjur https://www.conjur.com.br/2007-set-22/guarda_rio_20_dentes).

Nesse mesmo seguimento de pensamento, tem-se também a decisão da Suprema Corte acerca de tatuagens em concursos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. [...] . CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...]. IMPEDIMENTO DO

PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. [...]. 1. [...]15. **A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional.** 16. [...] 20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (RE 898450, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-114 DIVULG 30-05-2017 PUBLIC 31-05-2017 – sem destaque no original)

A decisão supracitada baseia-se no princípio da razoabilidade, tendo em vista que princípio implícito do ordenamento jurídico, que deve ser respeitado especialmente na contratação de servidores da administração.

Importante ressaltar ainda a noção que o princípio garante a representação do povo pela administração pública, não sendo permitido a esta, de forma alguma, segregar o povo por meio de preconceitos, pois a administração deve estar ligada também ao desenvolvimento social do país.

Dessa forma, o entendimento da Suprema corte garante que o artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal (em acordo com o princípio da legalidade).

Logo, tem-se que o Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de forma que enseje sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores.

Entende-se assim que quaisquer sejam os requisitos editalícios para o desempenho de uma função pública, eles devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. Ressalta-se ainda que o Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

Encerrados os conceitos indispensáveis para o desenvolvimento da temática aqui discorrida, cumpre agora compreender quem serão os administradores que estarão submetidos ao regime jurídico acima discutido, e sua forma de atuação e investidura no cargo com breve apontamento histórico.

2.2- Dos Agentes Públicos

Tendo em vista que as nuances do presente tema implicam na investidura dos cargos dentro da administração pública, importante salientar acerca de quem são os agentes, e em quais esferas administrativa exercem suas funções.

Nesse sentido, necessária a observância de alguns conceitos gerais acerca do tema, importantes para compreensão da sua atuação dentro da esfera administrativa. Inicialmente, conceitua-se primeiramente os agentes públicos, vez que são aqueles que de alguma forma estão ligados ao Poder público, exercem funções, mesmo que transitórias para a sociedade por meio da administração direta e indireta.

Assim, como existem diversas formas de exercer função ligada ao Poder Público, surge a necessidade doutrinária de classificar esses agentes, delimitando e compreendendo melhor suas funções dentro do Estado.

Dentro desse conceito, conclui-se que ao estarem ligados à administração pública direta e indireta, submetem-se também ao regime jurídico administrativo, devendo, no exercício de suas atividades, realizar atos que sejam submetidos aos princípios expressos e implícitos que cercam o regime conforme anteriormente apresentado.

Logo, o interesse público deverá ser a finalidade e justificativa de suas ações, e qualquer ato praticado em desacordo com a legislação e os princípios que a cercam será ilegal e deverá ter remédio administrativo-jurídico para garantir o funcionamento legal dos órgãos que integram a administração.

Dentro da legislação regulamentadora dos agentes ligados à administração pública, tem-se as quatro esferas de governo (federal, estadual, distrital e municipal) tem legitimidade para legislar sobre a matéria, assim, existem diversas legislações no país que especificam questões em acordo com sua necessidade, sempre em consonância com a legislação federal.

Nesse cenário, destacam-se algumas classificações gerais: a compreensão de quem são os agentes políticos, os servidores públicos e os agentes em colaboração.

De início, necessária a compreensão que a presente classificação trata do vínculo pessoal do agente com a administração pública, assim, destaca-se que os agentes políticos são detentores do comando da administração pública, exercem atividade governamental. Dessa forma, ressalta-se que os agentes públicos são membros de Poder (seja ele legislativo, executivo ou judiciário), Poder que trata do comando e do exercício das diretrizes da administração pública como um todo.

Existe uma definição feita por Carvalho Filho (pag.752) que nos traz um ponto inicial para um desenvolvimento do tema, veja:

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes

que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.

Nesse seguimento, observa-se que esses agentes seriam os membros de Poder, detentores de mandato eletivo, ministros de estado e os secretários estaduais e municipais.

A partir da definição dada por Carvalho Filho em sua obra, tem-se que a compreensão de quem são os referidos agentes torna-se lógica, vez que a princípio, os representantes do Poder da administração Pública (Prefeitos, Governadores, Ministros do Supremo Tribunal Federal, etc...) são auxiliados pelos seus ministros de estado e demais secretários nas tomadas de decisões, que serão as diretrizes da administração pública, além dos detentores de mandato eletivo, que estão em direção do Poder Público. Nessa seara, percebe-se que os agentes públicos são de fato aqueles que ditarão os caminhos a serem seguidos pela administração pública.

Logo, infere-se que são estes os classificados como agentes públicos, em síntese, membros de Poder, detentores de mandato eletivo, ministros de estado, secretários estaduais e municipais. Em regra sua investidura se dá por eleição, e suas diretrizes são encontradas na Constituição Federal, que rege também suas atividades diferentemente de demais agentes públicos.

Os agentes particulares em colaboração são aqueles que desempenham algum tipo de função para a administração pública mesmo sendo particulares. Sujeitam-se a certos encargos, não percebendo remuneração na hipótese, e sua atividade em relação à administração pública é considerada como transitória. Um clássico exemplo desses agentes são os jurados convocados para realização de júri.

Já os servidores públicos são a grande massa de prestadores de serviço à Administração, e são a ela vinculados por relações profissionais, como forma de emprego e mediante recebimento de pecúnia. O Regime Jurídico Único é o estabelecido pela entidade estatal no âmbito de sua competência, para todos aqueles que trabalham tanto na administração direta, como nas autarquias e nas fundações, excluindo-se as empresas públicas e sociedades de economia mista;

possuem o concurso público como forma majoritária de ingresso, formas e limites remuneratórios próprios, deveres e direitos, planos de carreira entre outros.

Dentro disso, cumpre ressaltar que sua forma de ingresso no serviço público é dada pela Constituição federal em seu art. 37, caput I, II que determina a realização de provas de concurso público em acordo com a lei e os legitimados para o cargo. Em relação à sua legitimação, destaca-se o art. 5º da Lei 8.112/90, que aponta os requisitos básicos para tanto. Um importante apontamento feito por Celso Spitzcovsky em sua obra (pag.456) é que:

Oportuno destacar, contudo, que o legislador ainda abriu a possibilidade para a realização de novas exigências, desde que relacionadas com as atribuições do cargo, a teor do disposto no § 1.º do mesmo dispositivo, como se observa:

“Art. 5.º [...]

[...]

§ 1.º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei”.

É claro que essas outras exigências só terão legitimidade se guardarem compatibilidade com a natureza e a complexidade dos cargos e empregos a serem preenchidos, não ficando ao livre critério do administrador estabelecê-las.

Ou seja, além dos requisitos básicos, é dada à garantia ao administrador público de criar outras exigências compatíveis com a legislação, especialmente norteadas pelo princípio da razoabilidade, de forma que esteja coerente com as disposições legais e também em sintonia com a sociedade e seus valores representativos, sem segregações e preconceitos. Dessa forma, em acordo com o princípio da motivação, a formulação de outros requisitos deve possuir suas devidas razões, para devido controle do judiciário e garantia dos direitos daqueles que se sentirem lesados por eles.

Ainda nas palavras de Celso (pag. 459), ressalta-se sobre os concursos:

É bem verdade que nessas situações o perfil a ser conferido para o concurso público será outro, visto que terá ele um caráter interno, vale dizer, somente para aqueles que integram a Administração Pública e satisfizerem as exigências do cargo ou do emprego a serem preenchidos.

A diretriz não é gratuita, ao revés, decorre do *princípio da eficiência*, relacionado no *caput* do art. 37, e deve prevalecer para evitar que o preenchimento de cargos ou empregos para aqueles que estão dentro da estrutura da Administração seja realizado de maneira aleatória, por meio de critérios subjetivos [...]

Ou seja, a administração busca os melhores sujeitos para integrar seus cargos, e para tanto, os requisitos devem ser objetivos e coerentes com a função a ser exercida, deve-se evitar qualquer forma de subjetivismo na contratação de seus agentes, vez que as concepções pessoais do administrador não devem interferir na garantia da eficiência do trabalho exercido pela administração pública.

O estudo aqui apresentado, trata das relações jurídico-administrativas existentes pela forma de ingresso determinada pelo art. 37, II do texto constitucional, vez que em acordo com a determinação legal, o provimento nos cargos públicos deverá ser feito a partir (também) de concursos públicos, o que será devidamente delimitado no seguimento do presente trabalho.

3- A evolução histórica da investidura nos cargos públicos

Inicialmente, cumpre observar que a investidura em cargo público por meio de concurso e o estabelecimento de seus regimes não é matéria recente na legislação brasileira. Tais conceitos vem se estabelecendo em sede constitucional desde 1934, quando o art. 90, §1º da Constituição Federal estabelecia de modo taxativo que ninguém poderia exercer função pública sem demonstração prévia de capacidade intelectual que seria auferida mediante a realização de concurso. Ou seja, desde o início do século XX o Brasil já caminhava para realizar concursos para nomeação de cargos públicos, tendo

em vista a importância da função, a necessidade de comprovação de aptidões para o exercício.

Por esse seguimento, observa-se que a Constituição de 1937 manteve o caminho traçado pela constituição anterior em seu art. 122, III, exigindo-se concurso apenas para a primeira investidura, em acordo com o art. 155 alínea “a” do mesmo diploma legal.

A Constituição que se seguiu, em 1946, manteve praticamente os mesmos termos, ainda não subsistindo a denominação de “concurso público” na época, sendo que a referida denominação aparece apenas na Constituição de 1967, quando no art. 97 do diploma estabeleceu-se a exigência de concurso público para investidura em cargos públicos.

Contudo, em que pese o estabelecido no artigo acima citado, observa-se que o Brasil passava por período político conturbado, razão pela qual a ressalva contida no §1º do artigo 97, que abria espaços para disposições legislativas que “dispensassem” o concurso público, fazia com que o disposto no artigo não fosse seguido de maneira relevante, tendo em vista as conturbações políticas presentes à época.

No mesmo sentido, quando o cenário político do Brasil foi alterado, com a volta da democracia e a promulgação da Constituição Federal vigente em 1988, observou-se a exigência expressa de concursos públicos para investidura em cargos públicos, temática que será discutida detalhadamente tendo em vista a relevância para a temática do presente texto.

3.2- A acessibilidade aos cargos públicos e suas características atuais

Apresentado o desenvolvimento histórico da investidura em cargos da administração pública, importante salientar as nuances principais do atual cenário legislativo e jurisprudencial acerca dos agentes públicos.

Primeiramente, cumpre ressaltar que as quatro esferas de governo podem legislar sobre o tema, sendo assim, cada Estado e Município podem ter

suas especificidades, desde que em acordo com a Constituição vigente e com a Lei 8.112 de 1990, que discorre sobre o regime jurídico dos servidores públicos.

Nesse seguimento, a Constituição Federal, em seu art. 37, I, traz a legitimação geral para titularizar os cargos, empregos e funções públicas (que diferem-se pelo regime ao qual estão submetidos), que devem preencher os requisitos da Lei.

No mesmo artigo supracitado, em seu inciso II, tem-se as hipóteses de investidura nas esferas administrativas, que tem como regra geral o concurso público, que possui diferentes etapas: aprovação, nomeação, posse, entrar em exercício do cargo.

Porém, a constituição também abre a possibilidade de cargos em comissão, que são de livre nomeação (art.37, V, CR/88), ressalvando-se a súmula ante nepotismo do Supremo, qual seja:

Súmula 13 STF: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A referida súmula tem como foco evitar o favorecimento de pessoas por cunho pessoal em detrimento de competências, inclusive na hipótese de nepotismo cruzado, na qual ocorre troca de favores para “driblar” a proibição.

Voltando aos concursos, importante salientar a previsão constitucional que assegura vagas dentro da administração pública para aqueles que possuem necessidades especiais (art. 37, VIII, CR/88), que garante a reserva de vagas de no mínimo 5% e no máximo 20%, sendo que os candidatos devem realizar as mesmas avaliações e comprovar que a deficiência não irá atrapalhar as

necessidades de exercício do cargo conforme as seguintes súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 377 STJ: O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

Súmula 552 STJ: O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos.

Além dos deficientes, após o julgamento da ADC número 41, 20% das vagas devem ser reservadas aos afrodescendentes, a fim de inclusão social.

Pois bem, após a devida realização das provas e fases dos devidos processos seletivos, a primeira etapa percebida para investidura no cargo é a aprovação. Após essa fase, tem-se a nomeação. Porém surge o seguinte questionamento, todo candidato aprovado tem direito a ser nomeado?

A resposta é depende. O direito à nomeação é ligado ao número de vagas previstas no edital, assim, caso o candidato seja aprovado dentro das vagas colocadas, terá direito à nomeação até o término de validade do concurso (que é de dois anos sendo permitida prorrogação por igual período). Nessa hipótese, respeitando os princípios constitucionais, destaca-se novamente a Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, que trata do respeito à ordem de classificação, veja:

Súmula 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Pois bem, quando o candidato é aprovado além das vagas previstas, a administração pública não será obrigada a nomear como na hipótese anterior, pois o aprovado nesse caso possui apenas expectativa do direito, mas não o direito em si.

Porém, em que pese o direito do candidato aprovado dentro da quantidade de vagas previstas à nomeação, existe respaldo jurisprudencial para

desobrigar a administração a proceder a nomeação, e para tanto, dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, contudo não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público.

Assim, uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Porém, quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores.

O tema de repercussão geral foi julgado no Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. 1.[...]Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d)

Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. [...] (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521 – sem destaque no original)

A próxima etapa após a nomeação é a posse, e o mesmo seguimento de questionamento instaura-se: todo candidato nomeado tem direito à posse? A resposta no caso é dada pelo literal teor da Súmula 16 do Supremo “Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse”.

Assim, atendidas as exigências específicas na forma da lei, o candidato nomeado terá direito a posse, conforme disposto nos arts.13 e 14 da Lei 8.112/90. Cumprida a etapa, o candidato entrará em exercício até no máximo 15 dias depois.

Investido efetivamente no cargo, o concursado passará primeiramente por um estágio probatório, no qual serão apurados itens de natureza prática que não tem como ser percebidos durante a seletiva.

Serão identificados itens como a assiduidade, produtividade, disciplina, respeito à hierarquia e subordinação, capacidade de iniciativa, ou seja, sua eficiência em relação às suas atribuições do cargo.

Durante o estágio, podem ser percebidos três cenários: extinção do cargo, reprovação ou aprovação no estágio.

Na primeira hipótese, em caso de extinção do cargo (que pode ocorrer por diversos motivos, como a ausência de necessidade da função ou cortes orçamentários), tem-se o teor da Súmula 22 do Supremo Tribunal Federal que “O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo”.

No caso de reprovação no estágio probatório, serão duas as hipóteses: exoneração do cargo, ou demissão. As duas figuras importam na extinção do cargo, a diferença é que a exoneração não está relacionada com nenhum ilícito, já a demissão pressupõe a prática de ilícito. Porém, em todo caso deverá ser aberto inquérito administrativo, sendo assegurada a ampla defesa, conforme Súmula 21 do Supremo:

Súmula 21 STF: Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Já no cenário de aprovação no estágio, é gerado em regra a estabilidade. Contudo, existem algumas exceções previstas no texto constitucional na qual após período de estágio probatório é adquirida vitaliciedade – esse caso tem que ser expresso – como são as carreiras de magistratura, na forma do art. 95, I, e do art. 128, §5º, I “a”, o Ministério Público, por exemplo.

Enquanto a vitaliciedade assegura a permanência no cargo, a estabilidade tem algumas nuances que devem ser percorridas. Inicialmente, ressalta-se que a estabilidade difere-se da vitaliciedade pois aquela garante a permanência no serviço. Assim, em acordo com o art. 41 da Constituição, no qual o caput exclui os cargos em comissão, os parágrafos do dispositivo garantem ao servidor a disponibilidade remunerada em caso de extinção ou declaração de desnecessidade dos cargos, hipótese na qual o indivíduo terá vencimentos proporcionais ao tempo de serviço até posterior reaproveitamento.

Destaca-se ainda nesse artigo, em seu §4º, a previsão de avaliação especial de desempenho, porém, como ainda não existe lei específica para regulamentar o tema, considera-se essa como uma norma de eficácia limitada.

Nessa seara, cumpre ressaltar ainda a existência de uma extensão da estabilidade prevista no art. 41 do texto constitucional, em acordo com Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

Em atenção ao item II da súmula, ressalta-se a existência da estabilidade atípica, prevista na Lei Federal 9.986/00, em seu art. 9º, que atribui a estabilidade aos dirigentes de agências reguladoras durante o mandato, observando-se que estes não prestaram provas de concurso, por isso a atipicidade.

Em relação a perda do cargo por servidor estável, tem-se a matéria disciplinada no mesmo artigo (art. 41, §1º), que assegura a perda do cargo apenas com sentença judicial com trânsito em julgado, processo administrativo com ampla defesa por insuficiência de desempenho ou pela avaliação periódica que depende de Lei complementar ainda não editada.

Com o apresentado, a Constituição Federal, em seu art. 169, traz uma hipótese de exoneração do cargo, até mesmo para servidores estáveis, por razão de corte de gasto; mesmo que no “final da fila” é assegurada à administração pública a possibilidade. Dessa forma, existe limite de gastos com folha de pessoal para as quatro esferas de governo, incluindo-se ativos e inativos, além dos limites fixados em Lei Complementar (art. 19, LC 101/00 traz os valores máximos para cada esfera de governo). Assim, a solução prevista no dispositivo

constitucional (art 169, §4º, CR/88) é extinção de 20% dos cargos em comissão, exoneração de servidores não estáveis, e caso as medidas sejam insuficientes, “o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”, em acordo com a literalidade da norma.

Assim, vê-se a hipótese de exoneração de servidores estáveis dada pela norma constitucional.

Encerrado o assunto, ressaltam-se alguns pontos sobre a remuneração desses servidores, e, nesse sentido, encontram-se dois tipos de sistemas: subsídios e vencimentos.

Adentrando nos conceitos, tem-se por subsídio a remuneração em parcela única, na qual proíbe-se a percepção de vantagens. A Constituição vigente apresenta expressamente quem pode receber subsídio: detentores de mandatos eletivos, membros de poder, secretários estaduais e municipais, magistrados (art. 95, CR/88), Ministério Público (art. 128, CR/88) e integrantes de carreiras policiais previstas no art. 144 do texto constitucional.

O vencimento é o salário base do servidor, acrescido das vantagens que vai adquirindo ao longo do tempo. Em acordo com a previsão constitucional no art. 37, XI, o teto será o do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se que o salário base mais as vantagens não podem ultrapassar o teto, em acordo com a previsão da Emenda Constitucional número 41 de 2003.

Dentro do tema, importante ressaltar a existência de um piso salarial, e que a redução da remuneração, em acordo com o art. 37, XV, é percebida de forma inconstitucional. Além disso, em acordo com o art. 48 da Lei 8.112/90, a verba tem natureza jurídica alimentar, sendo assim não pode ser objeto de arresto, penhora ou sequestro, tendo como exceção apenas a hipótese de dívida que também seja de caráter alimentar.

Ainda dentro da temática remuneratória dos servidores, destaca-se o caso de acumulação de cargos, vez que decidido pelo STF em abril de 2017 que

na hipótese de acumulação de cargos, a remuneração dos cargos isolados não poderá superar o teto, veja:

TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE. Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido.

(RE 612975, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

Apresentadas as principais características que encontram relevância para a presente discussão temática, adentraremos agora na compreensão da primeira etapa da regra geral para ingresso na administração pública: os concursos públicos, suas nuances nos editais e a interferência do judiciário na correção de questões.

4- A interferência do judiciário na revisão de questões de provas de concursos públicos e o panorama geral histórico-jurisprudencial

A análise a ser aqui discorrida tem como base principal a jurisprudência, vez que o tema de grande incidência e relevância no cenário atual brasileiro, tendo em vista a quantidade “assustadora” de candidatos nos últimos concursos; um resultado da crise econômica e a busca humana pela estabilidade e segurança financeira, conhecidos como “sortudos”, o cargo de funcionário público, com salários de classe média alta, é altamente buscado pelos brasileiros em meio ao desemprego e a dificuldade de crescimento econômico no setor privado.

Em pese entendimento majoritário ser considerado consolidado de certa forma, necessários são alguns apontamentos e questões a serem discutidas, vez que linha tênue separa as divergências de entendimento acerca do tema.

Pois bem, inicialmente, voltando aos princípios do regime jurídico administrativos, cumpre ressaltar que os editais são atos da administração

pública, e assim estão submetido a todos os princípios expressos e implícitos da constituição em relação ao regime. Logo, conforme tratado anteriormente, as determinações dos editais devem sempre motivadas e respaldadas na legislação da carreira, dotadas de razoabilidade, ou então serão ilícitas, podendo ser remediadas judicialmente.

Cumpra ressaltar ainda a relevância da discricionariedade que garante às bancas de concursos a autonomia na edição de seus atos, é a própria liberdade de ação administrativa dentro dos limites legislativos. Não obstante, a lei deixa certa margem de decisão perante casos concretos, assim, a autoridade administrativa poderá optar entre as opções possíveis, porém válidas perante o direito.

Dessa forma, a discricionariedade, que traz esse leque de liberdade para as decisões acerca das questões referentes ao concurso dentro dos limites da lei, cumulada ao princípio da autotutela, que garante à correção, anulação e modificação dos atos administrativos em acordo com o interesse público, afasta o judiciário de interferir nas decisões referentes aos concursos, vez que como descrito no presente texto, só é cabível remédio judicial aos atos administrativos que comportam ilegalidade, vez que ferem algum princípio.

Nessa seara, destaca-se ainda questão levantada pelo Ministro Luiz Fux em seu voto no RE 683.582, o qual será comentado posteriormente, que faz importante ressalva acerca da discricionariedade, qual seja: ela não é uma liberdade absoluta, e está vinculada à constituição, nesse sentido, cita o doutrinador Gustavo Binebojm, (2014, p.219-222), que faz apontamentos extremamente relevantes acerca disso:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao menor ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior

ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos. [...]. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa:

a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)”.

Tendo isso em vista, a complicação na mesa dos juristas que devem decidir sobre alguma ação que discuta questões de concurso público, é identificar se sequer há uma ilegalidade e quais os parâmetros que devem ser observados para analisar a necessidade de interferência do judiciário em alterar/anular questões interferindo com as decisões da banca. Para isso, deve ser feita uma análise jurisprudencial acerca do tema, ressaltando os pontos observados, as divergências entre as cortes, e atual cenário da problemática.

4.1– A jurisprudência defensiva e o atual entendimento do judiciário sobre a sua interferência nos concursos públicos

Enquanto em relação alguns pontos dentro de um processo seletivo de concurso público é fácil identificar a ilegalidade e a necessidade de interferência judicial, como é o caso do direito subjetivo à nomeação, à exclusão de candidatos com carência de motivação, ou até o não seguimento da ordem de classificação, a revisão de questões elaboradas pela banca sobre o argumento de “carecer de alternativa correta” ou “correção feita de forma incorreta com os padrões jurídicos” ou até mesmo “ter mais de uma alternativa correta” cruza uma linha tênue entre o inconformismo e a ilegalidade, e há muitos anos complica as decisões do judiciário acerca do tema, mesmo que existam precedentes e entendimentos consolidados, como será exposto.

Fato é que a jurisprudência toma há muitos anos uma postura defensiva em relação à revisão de questões em concursos públicos. Ainda em 1990, o Ministro do STF Aldir Passarinho, no julgamento do MS 21.176, ressaltou como

não compete ao judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo de questões e os critérios de correção utilizados, ressalvadas as hipóteses de ilegalidade e inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, a Ministra e atual presidente do Supremo Carmem Lúcia, no julgamento do MS 27.260 em 2010, ressaltou que se houver alteração de resposta do gabarito entre o preliminar e o final, não acarreta nulidade ao concurso caso tenha previsão para tanto no edital.

O argumento daqueles que defendem teses de interferência do poder judiciário de forma mais incisiva dentro da revisão de questões de concurso é que como as provas devem estar norteadas pela razoabilidade, logo a elaboração de questões deve ser razoável com as indicações dos editais, não obstante, a inafastabilidade da tutela jurisdicional garantiria o remédio judicial às problemáticas das provas.

Porém, um dos grandes pontos observados pela Suprema Corte nos últimos anos, é que o controle judicial no entendimento firmado pela banca sobrepõe os princípios que garantem à administração a independência na edição de seus atos, colocando o entendimento de alguns magistrados como superior à aquele firmado pelos membros da banca; fere-se assim a separação dos poderes e a própria reserva da administração, e atribui pontos à alguns candidatos em detrimento dos demais, causando uma negativa repercussão em contrário ao princípio da isonomia, que é um dos principais pilares da realização de provas sem identificação subjetiva de candidatos, para que os critérios de correção sejam os mais objetivos, sem diferenciação individual. A esse respeito, Francisco Lobello (pág. 122) faz a seguinte consideração:

A padronização deve [...] estar presente em todos os aspectos das provas e tem implicações nas informações fornecidas aos candidatos antes das provas; na aplicação de provas idênticas a todos os candidatos, na garantia das condições a todos os candidatos no momento de elaboração das provas etc.

De fato, o judiciário tenta afastar-se da situação pela problemática que envolve, e toma posicionamento minimalista, tendo em vista que pode interferir diretamente nos indivíduos que serão investidos no cargo público. Dessa forma,

o primeiro precedente que deve ser analisado é do Supremo Tribunal Federal, que proferiu o seguinte acórdão:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido. (RE 632853, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015).

A partir da análise de seu inteiro teor, cumpre ressaltar a discussão feita a partir da análise do cenário brasileiro, é apontado que como a maioria das controvérsias que tratam de revisão de concurso giram em torno da própria área jurídica, observa-se certo conforto dos juristas no momento de analisar e adentrar o mérito, pois está dentro de sua zona de conhecimento. Porém, a interferência dentro do entendimento jurídico da banca, gera um obscuro problema: como no direito não existem verdades absolutas, revisar uma questão determinada pela banca, é o mesmo que garantir que o julgador tem entendimento superior ao dos examinadores, o que dentro do âmbito jurídico, é impossível de ser estabelecido.

A partir disso, adentra-se outra grande questão: como far-se-á revisão de questões que não versam sobre temas jurídicos? A resposta que se adequa seria a realização de perícia. Pois bem, os peritos seriam mais confiáveis que a própria banca? O entendimento de um médico nomeado pelo poder judiciário seria suficiente para calar os membros capacitados eleitos para a banca? Assim, vê-se a problemática de adentrar no mérito da correção de questões, pois a interpretação e análise das doutrinas previstas no edital é o próprio trabalho da banca, não cabendo a determinação judicial que o entendimento interpretativo de um perito é superior ou mais confiável que a análise realizada para elaboração das questões e seus gabaritos.

Contudo, como os atos administrativos estão vinculados aos princípios e determinações constitucionais, fato é o judiciário deve ter papel no controle

desses atos praticados pela banca, quando se tratarem de questões evidentemente tetratológicas e em flagrante incompatibilidade com o edital. Ou seja, naquilo que for obviamente em detrimento do edital, está atingindo a própria moralidade, a legalidade e a razoabilidade do processo seletivo, sendo assim ilegal, cabendo remédio judicial.

Nesse sentido tem-se o informativo editado pelo Supremo, número 677:

Em conclusão de julgamento, a 1ª Turma, por maioria, concedeu, em parte, mandado de segurança a fim de anular questões objetivas de concurso público para provimento de cargo de Procurador da República, em virtude de equívoco na elaboração destas — v. Informativos 658 e 660. Afirmou-se que, observada erronia no gabarito da prova objetiva, deveria ser reapreciada a situação jurídica do impetrante pela comissão do concurso. Destacou-se precedente da 2ª Turma segundo o qual, em que pese a máxima de que o Judiciário não poderia substituir a banca examinadora, **a verificação de erro grosseiro levaria ao reconhecimento de ilegalidade**. Por fim, mantiveram-se os efeitos da liminar concedida, que assegurava a participação do candidato nas demais fases do certame e reservava vaga em caso de aprovação final. Vencidas as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. Esta destacava a impossibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle jurisdicional de mérito do ato administrativo, que, no caso, seria da alçada das bancas examinadoras. (MS 30859/DF, rel. Min. Luiz Fux, 28.8.2012 – sem destaques no original).

A partir disso, uma outra questão que deve ser analisada é o interesse processual. Dentro do nosso ordenamento processualista, existem algumas condições da ação, presentes no art. 330 do Código de Processo Civil, quais sejam: interesse processual, legitimidade da parte e possibilidade jurídica do pedido. A ausência de qualquer um desses requisitos leva à extinção do processo sem resolução meritória (art. 48, IV, Código de Processo Civil).

Sendo assim, o magistrado julgador, ao deparar-se com uma ação que tenha como o objeto a revisão de questões de concursos, deverá inicialmente constatar se a anulação ou alteração daquela questão irá garantir a continuidade do candidato no processo, pois caso contrário, considera-se ausente o interesse de agir na espécie, veja:

MS 30859. 1. A anulação, por via judicial, de questões de prova objetiva de concurso público, com vistas à

habilitação para participação em fase posterior do certame, pressupõe a demonstração de que o Impetrante estaria habilitado à etapa seguinte caso essa anulação fosse estendida à totalidade dos candidatos, mercê dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. 2. O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA), ressalvadas as hipóteses em que restar configurado, tal como *in casu*, o erro grosseiro no gabarito apresentado, porquanto caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela Administração Pública. 3. Sucede que o Impetrante comprovou que, na hipótese de anulação das questões impugnadas para todos os candidatos, alcançaria classificação, nos termos do edital, habilitando-o a prestar a fase seguinte do concurso, mediante a apresentação de prova documental obtida junto à Comissão Organizadora no exercício do direito de requerer certidões previsto no art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal, prova que foi juntada em razão de certidão fornecida pela instituição realizadora do concurso público. 4. Segurança concedida, em parte, tornando-se definitivos os efeitos das liminares deferidas. (MS 30859 Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem precedentes no mesmo sentido, mantendo-se minimalista e tratando das exceções apenas em relação a questões objetivas, vez que as questões subjetivas, exatamente pela sua natureza, dificultam uma interpretação que seja flagrante de incoerência com edital, eis que depende de diversos fatores em sua correção, sendo a atribuição de décimos e pontos muito além da possibilidade de interferência do judiciário, assim segue:

STJ. AgRg no AREsp 165.843/RJ. [...]. Na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público ou ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes do STJ. [...] (Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/08/2012).

Julgado: STJ. AgRg no REsp 1260777/SC. [...]. 2. A competência do Poder Judiciário, em se tratando de concurso público, limita-se ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas, atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. 3. Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público - o que não inclui, por óbvio, a prova de dissertação impugnada pelos recorrentes - ou a ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. [...] (Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012).

Com efeito, o cenário atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de unanimidade, vez que ambas as turmas que julgam sobre direito público (primeira segunda) mantém o mesmo entendimento acerca do tema, veja:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE TÉCNICO EM ENFERMAGEM. [...]. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE QUESTÃO DO CONCURSO. VÍCIO NA CORREÇÃO DA QUESTÃO AFASTADO, PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM, À LUZ DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA. [...]. IMPROVIDO. I. [...]. II. Na origem, trata-se de demanda acerca da interpretação de questão inserida em prova objetiva de concurso público, tendo em vista que **a autora não concorda com a resposta apontada pela banca examinadora.** III. [...], **reconhecendo, em caráter excepcional, a possibilidade de o Judiciário anular questões de concurso público, quando houver flagrante dissonância entre o conteúdo das questões e o programa descrito no edital do certame. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora, para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Com efeito, "o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos"** [...] (STJ, EDcl no AgInt no

REsp 1.578.347/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). VII. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 988.316/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

O acórdão supra citado trata de questão objetiva, tendo como fundamento base a decisão do Supremo acerca do tema, e observando o inconformismo da autora da ação em relação à questão, não sendo constatado nenhum flagrante de ilegalidade no concurso. Como já exposto, a possibilidade de interferência do judiciário na alteração de questões objetivas não recai em inconformismos ou divergências doutrinárias, apenas em requisitos objetivos estipulados no próprio edital feito pela banca. Em relação às questões subjetivas, tem-se consolidada a impossibilidade de remédio judicial, veja:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME DE CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE QUESTÃO DISCURSIVA. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. [...]. **Com efeito, o fato de o edital não fazer menção expressa que exigiria do candidato o conhecimentos acerca do entendimento dos Tribunais Superiores não é, por si só, óbice que impeça a banca examinadora de promover a cobrança de conhecimentos de forma multidisciplinar.** Isso porque, em se tratando de prova discursiva, não raro se exige do candidato a capacidade de examinar a matéria sob o ponto de vista de um sistema de normas, diplomas e posicionamentos jurisprudenciais que se relacionam entre si (fls. 378). 4. Agravo Interno do particular a que se nega provimento.(AgInt no RMS 50.769/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018 – sem destaques no original).

E também:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUESTIONAMENTO ACERCA DA CORREÇÃO DA PROVA SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA

PROVIMENTO.[...]. 2. **É firme a jurisprudência desta Corte Superior ao dispor que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.** Assenta-se ainda que, **excepcionalmente, havendo flagrante ilegalidade, tem-se admitido a intervenção pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.** [...]4. Com efeito, resta evidente o descontentamento da candidata com o critério de correção estabelecido pela Comissão do Concurso, que se mostra razoável e proporcional a situação hipotética lançada aos candidatos, não havendo qualquer vício na questão impugnada a ensejar a intervenção do Poder Judiciário. Assim, não há direito líquido e certo a ser amparado. 5. Agravo Interno do particular a que se nega provimento. (AgInt no RMS 53.612/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 05/03/2018 – sem destaques no original)

Sobre o tema, Francisco Lobello (pág. 132) faz importante constatação:

Quanto menos objetiva a prova, mais detalhado deverá ser o gabarito a fim de evitar interferências subjetivas do examinador na correção das provas. No caso das questões escritas, deve ser elaborado um roteiro com todas as informações que se esperava que o candidato incluísse em sua resposta e os valores que lhes serão atribuídos. Quando houver outras habilidades sendo avaliadas — como clareza na exposição do raciocínio, ortografia e pontuação destes fatores. Isto porque a principal função do gabarito é orientar o examinador na correção das provas, vinculando sua atuação e garantindo a objetividade na correção da prova.

Ou seja, em acordo com a doutrina, o magistrado julgador deverá observar também a exposição e a complexidade do gabarito, devendo a banca garantir o máximo de objetividade na correção, evitando posicionamentos pessoais do examinador, em busca da eficiência da própria prova, vez que esta visa a seleção dos melhores candidatos para o exercício da função, e não aqueles que estão de acordo com o posicionamento pessoal do membro da banca.

Após a exposição de um breve cenário atual do Tribunal Superior sobre o assunto, importante tratar de uma questão processual que envolve ainda a temática dos prestadores de concursos públicos: qual o remédio processual adequado para a resolução de ilegalidade nos atos administrativos das bancas?

Fato é que a maioria (conforme vê-se pela jurisprudência colacionada) impetra Mandado de segurança, mas seria esse o instrumento processual adequado?

De fato, o Mandado de Segurança, conforme o art. 1º da Lei 12.016, deve proteger direito líquido e certo. Contudo, quando se trata de levantamentos acerca da correção de questões, adequação da banca ao edital, é imprescindível a presença da ampla defesa e contraditório, assim, a ação ordinária seria mais adequada para a discussão.

De outro lado, como a interferência do judiciário dar-se-á apenas com o flagrante de ilegalidade ou erro grosseiro, ou seja, haverá verdadeira ofensa ao princípio da legalidade, abrindo espaço para a impetração de Mandado de Segurança.

O mais seguro, no entanto, é o ajuizamento de ação ordinária, tendo em vista a possível divergência no sentido de enquadrar o erro como ilegalidade ou abuso de poder para fins de cabimento do Mandado. No MS 30859, a Ministra Cármen Lúcia divergiu da concessão da ordem entendendo que “o erro pode ter gerado uma lesão, mas não é a ilegalidade ou abuso de poder com direito líquido e certo” e mais à frente disse que “erro é uma coisa, ilegalidade ou abuso de poder é outra”.

5- Conclusão

Apresentadas as teses firmadas pelas Cortes Superiores, os posicionamentos doutrinários, e a compreensão dos princípios que regem o regime jurídico brasileiro, tem-se que o leque de cognoscibilidade da interferência do judiciário nas questões de concurso público para provimento de cargos efetivos, traz diversos apontamentos e divergências, tendo em vista o “choque” entre princípios constitucionais, e a linha tênue que separa o que seria ilegal e o que interfere na separação dos poderes.

Contudo, a partir da análise jurisprudencial apresentada, além das discussões de controle administrativo e judicial dos atos da administração pública, conclui-se que a posição adotada pela jurisprudência majoritária, em consonância com as cortes superiores, é de fato, o melhor caminho para manter o controle jurisdicional e a autonomia administrativa em sintonia.

Percebem-se alguns pontos de dificuldade de análise, devendo o magistrado julgador, ao se deparar com a temática em ações, analisar as peculiaridades de cada caso, objetivando sua análise no edital e na legislação, para então analisar o posicionamento técnico adotado pela banca.

Ante ao exposto, tem-se que o juízo não pode controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, de forma a apreciar os critérios de avaliação e a conexão técnica com o gabarito oficial. Complicada nessa esfera a elaboração de perícias para temas não jurídicos, vez que ante a ausência de conhecimento absoluto, considerar a abordagem pericial como superior à da banca torna-se controversa.

A grande questão que deve ser compreendida: dentro da banca existem pessoas designadas e selecionadas para fazer a análise do conteúdo e decidir a melhor forma de avaliar os candidatos. Assim, a realização de perícias quanto ao conteúdo de questões forma da temática jurídica, e a própria apreciação do

judiciário acerca das respostas de conteúdo de Direito, seria sabotar o conhecimento dos membros da banca, admitindo-se entendimentos “superiores” a outros.

No caso de erro grotesco e conteúdos óbvios, tem-se que a própria banca goza dos benefícios do princípio da autotutela para alterar seus atos em caso de constatação desses erros, e em regra, as bancas abrem prazos recursais administrativos para contestação de questões, ou seja, o judiciário deve ser a última opção dentro deste cenário, a fim de se garantir a reserva administrativa, separação dos poderes e a própria isonomia entre os candidatos.

Ademais, no caso de uma revisão de gabarito não motivada, exclusão de candidato sem razão, tem-se ato notoriamente inconstitucional, e então dentro dessas hipóteses mostra-se cabível e até mesmo necessário o remédio judicial.

Cumprindo observar que o posicionamento minimalista do judiciário, apresentando uma jurisprudência defensiva, não fere, por si só, a inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista como direito fundamental no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder.

Na verdade, para estar em acordo com os outros princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico é que ela se mostra de fato como necessária. Vez que protege a separação dos poderes, ao mesmo tempo que é objetiva em garantir que os princípios da moralidade, razoabilidade e legalidade sejam respeitados dentro dos atos administrativos editados pela banca.

Ademais, considerando que o ato administrativo goza da presunção de legitimidade, cumpre ressaltar que o ônus probatório de comprovar a ilegalidade do ato é daquele que invoca, sendo assim, na espécie, caberia ao prestador da prova demonstrar a ilegalidade constante no ato, preserva-se assim o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual a ação recomendada para esse tipo de situação é a ação ordinária, vez que garante a realização de defesa à administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra, Os regimes jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes.2001.

Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/articles/32.pdf>> . Acesso em: 13.11.2017.

ACHEI CONCURSOS, “Direito Administrativo baseado na obra de Hely Lopes Meirelles”. Disponível em: <www.acheiconcursos.com>. Acesso em: 14.12.2017.

AZEVEDO, Eurico de Andrade “Direito Administrativo Brasileiro – baseado na obra de Hely Lopes Meirelles”. 18ª ed. Disponível em: <<https://www.extra.com.br/livros/direitolegislacao/direitoadministrativo/direito-administrativo-brasileiro-hely-lobes-meirelles-eurico-de-andrade-azevedo-delcio-balestero-aleixo-334162.html>> Acesso em: 20.12.2017

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

SPITIZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo. 14ª Ed. São Paulo: Método, 2013.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público e Constituição. Rio de Janeiro: 2005