

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE-UERN

JANAINA FRANÇA FONSECA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE QUESTÕES DE PROVA OBJETIVA
NO CONCURSO PÚBLICO**

NATAL-RN

2013

JANAINA FRANÇA FONSECA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE QUESTÕES DE PROVA OBJETIVA
NO CONCURSO PÚBLICO**

Monografia apresentada como requisito obrigatório da Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – *Campus* Avançado de Natal.

Orientador: Professor Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon.

NATAL-RN

2013

JANAINA FRANÇA FONSECA

**CONTROLE JURISDICIONAL DE QUESTÕES DE PROVA OBJETIVA
NO CONCURSO PÚBLICO**

DATA DA APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Esp. Bruno José Souza de Azevedo
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Esp. Eduardo Cunha Alves de Sena
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

*Dedico esta conquista a minha
amada e sempre presente família.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me proporcionado saúde e determinação para enfrentar os momentos difíceis ao longo desta jornada.

Aos meus pais, Vanderli Fonseca e Edileuza França, aos meus irmãos e sobrinhos pelo apoio e amor incondicional.

À Universidade do Estado do Rio Grande de Norte pela oportunidade e acolhida.

A todos os amigos de curso, em especial a Raissa Fernandes, Aline Santos, Lucas dos Anjos, Luiz Carlos, Paulo Segundo e Laís Pignataro pela cumplicidade e companheirismo.

Aos professores pelo conhecimento compartilhado, principalmente ao Prof. Dr. Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior e ao Prof. Esp. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon pela orientação na construção desta monografia.

Enfim, a todos aqueles que de alguma forma ajudaram na conclusão deste trabalho.

*A injustiça que se faz a um é
uma ameaça que se faz a todos.*

Barão de Montesquieu

RESUMO

A presente monografia trata sobre o controle jurisdicional de provas objetivas no concurso público à luz da doutrina e dos Tribunais pátrios. Para tanto, faz primeiramente considerações sobre os Poderes do Estado e sua consolidação na Constituição de 1988, apresentando a distribuição de suas funções como manifestação da vontade estatal, bem como ressaltando a importância dessa repartição de poderes no controle recíproco. Apresenta a estrutura da Administração Pública, formada pela Administração Direta e Indireta e compreende as entidades, órgão e agentes públicos, aparato que tem por fim executar as decisões políticas na consecução do interesse público. Nesse contexto, expõe as formas de acesso do povo aos Poderes do Estado, que pode se dar através de eleição, nomeação, processo simplificado e concurso público. Nesse ponto, situa o concurso público como o instrumento mais democrático e isonômico de acesso aos serviços públicos, no que apresenta seu conceito, sua finalidade e princípios norteadores, resgatando sua origem legal no país. Desse modo, também ressalta a importância da Banca Examinadora na condução do concurso e elaboração do edital, como norma regulamentadora do certame, o qual deve, por isso, estar em consonância com as leis e a Constituição, sob pena de nulidade. Nesse desiderato, analisa, sobretudo, o posicionamento jurisprudencial, bem como a posição dos doutrinadores sobre o assunto. Faz também pesquisas documentais que englobam consultas a instrumentos como a Constituição Federal, normas infralegais, bem como artigos científicos, periódicos, informativos, dentre outros.

Palavras-Chave: Concurso público. Controle Jurisdicional. Banca Examinadora.

ABSTRACT

This monograph aims to treat on the jurisdictional control of objective evidence in the invitation to tender in the light of the doctrine and patriotic courts. To do so, makes first considerations the powers of the State and its consolidation in the Constitution of 1988, showing the distribution of their functions as a manifestation of will, as well as underscoring the importance of this distribution of powers in the reciprocal control. Present the structure of Public Administration, which is formed by the direct and indirect administration entities, and understands the public agents and State organ which is to execute political decisions in the public interest. In this context, exposes the ways people access to the powers of the State, which can be through election, appointment, simplified process and concur. At that point, the tender as the most democratic and isonomic instrument of access to public services, in which presents its concept, its purpose and guiding principles, rescuing their legal origin in the country. In this way, also underscores the importance of the Review Board in the conduct of the event and of the notice, because it is the regulatory standard of the contest, which must therefore be in line with the laws and the Constitution, under penalty of nullity. This desideratum, analyzes, in particular, the case law, as well as the position of scholars on the subject. Does documentary research that also include consultations with instruments such as the Federal Constitution, non-statutory standards, as well as scientific articles, journals, newsletters, among others.

Keywords: Tender, Jurisdictional Control, Review Board

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
1.1 PODERES E FUNÇÕES.....	14
1.1.1 Função Legislativa	15
1.1.2 Função Jurisdicional	16
1.1.3 Função Executiva ou Administrativa	16
1.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA ESTRUTURA	17
1.2.1 Administração Pública Direta e Indireta	19
1.2.2 Órgãos Públicos	20
1.2.3 Agentes Públicos	23
1.3 FORMAS DE ACESSO AOS PODERES DO ESTADO	28
2 CONCURSO PÚBLICO	31
2.1 ORIGEM NO BRASIL.....	31
2.2 CONCEITO E FINALIDADE	33
2.3 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO.	34
2.3.1 Princípio da Legalidade	35
2.3.2 Princípio da Impessoalidade	37
2.3.3 Princípio da Moralidade	38
2.3.4 Princípio da Publicidade	39
2.3.5 Princípio da Eficiência	40
2.3.6 Princípio da Igualdade	41
2.3.7 Princípio da Razoabilidade	44
2.4 ABERTURA DO CONCURSO PÚBLICO E ESCOLHA DA BANCA EXAMINADORA.....	45
2.4.1 Instrumento Editalício	46
3 CONTROLE EXERCIDO SOBRE A BANCA EXAMINADORA	49
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	49
3.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO	50
3.2.1 Discricionariedade Administrativa	52
3.3 CONTROLE JURISDICIONAL	57
3.3.1 A Discursividade Jurisprudencial	58

3.3.2 Hipóteses de Cabimento do Controle Jurisdicional arroladas pela Doutrina	67
CONCLUSÃO	76
REFERENCIAS.....	78

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contempla um Estado Social Democrático, voltado à implementação dos direitos e garantias fundamentais em prol daquele que é o verdadeiro titular do poder político: o povo, conforme se infere do artigo 1º, parágrafo único.

Nesse sentido, a Constituição se apresenta com uma essência social, no que estabelece como fundamentos “a cidadania”, “a dignidade da pessoa humana”; firma entre seus objetivos “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, livre de preconceitos e desigualdade social; contempla princípios como o da legalidade e da igualdade. Há uma nítida preocupação com o detentor do poder político e efetivação dos direitos fundamentais.

No cumprimento dos objetivos traçados na Constituição e na efetivação dos direitos fundamentais, o Estado se vale do exercício dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais, nos termos do artigo 2º da Constituição, são “independentes e harmônicos entre si”.

Dado que são configurações jurídicas, os poderes necessitam de contingente humano para ocupar os cargos que os compõem e exercer as respectivas funções. Neste contexto, o concurso público apresenta-se como o meio mais democrático e igualitário de acesso ao serviço público.

No Brasil, a origem legal do concurso público remonta à Constituição de 1934. Esta contemplou, em seu artigo 170, 2º, a exigência do concurso de provas ou títulos como requisito à investidura em “postos de carreira das repartições administrativas”.

Hodiernamente, o concurso público é um dos ícones do Estado Democrático Direito. Encontra-se expressamente previsto no inciso II, artigo 37, da Constituição Federal de 1988, sendo orientado, sobretudo, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nos últimos anos, em virtude do desenvolvimento do país e conseqüente aumento da demanda pelos serviços públicos, vem se ampliando o número de concursos em todas as esferas de governo. Com isso, milhares de pessoas vêm investindo cada vez mais tempo e dinheiro em estudos, na disputa por uma vaga no setor público. Contribuem para isso tanto a amplitude dos serviços distribuídos nas três esferas de Poder como a promessa atrelada de estabilidade financeira.

À luz desse enfoque, reserva-se à Banca Examinadora um papel crucial na condução do certame, pois a esta incumbe garantir uma seleção isonômica dos candidatos, propiciando àquele que logrou o melhor rendimento a tão disputada vaga. Presume-se, assim, que essa Banca seja constituída de pessoas devidamente habilitadas, as quais sejam detentoras de renomado conhecimento técnico-profissional em áreas afins.

Embora se presumam a especialização, a idoneidade e demais requisitos exigidos pelo procedimento legal na escolha da Banca Examinadora, tem-se percebido que eles não são por si só hábeis a garantir a lisura do certame, sendo frequente o cometimento de erros grosseiros, no que se refere à elaboração de questões objetivas, muitos deles ignorados, mesmo após considerável número de recursos administrativos, num flagrante desrespeito aos princípios informadores do concurso público e do Estado Democrático de Direito.

Como consequência, observa-se o aumento da demanda de ações judiciais cujo objeto trata da anulação de questões objetivas pelo Poder Judiciário, o que acende a seguinte questão problema: considerando que a Banca examinadora é a autoridade administrativa que conduz o certame, possuindo discricionariedade para eleger os critérios de elaboração e correção de provas, poderia o Poder Judiciário controlar as provas objetivas no concurso público?

Nesse sentido, este trabalho propõe-se a analisar o controle jurisdicional incidente sobre as provas objetivas no concurso público, buscando entender qual a visão da doutrina e tribunais pátrios sobre tema.

Nesse intuito, a metodologia utilizada neste trabalho abrangerá a pesquisa bibliográfica, artigos científicos, periódicos, informativos, bem assim o entendimento jurisprudencial sobre os limites pertinentes ao controle dos atos da Banca Examinadora pelo Judiciário.

Salienta-se que os métodos de investigação utilizados serão tanto o dialético quanto o dedutivo, desenvolvidos à luz das diretrizes e normas estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), assim como do Projeto Político Pedagógico do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Assim, no primeiro momento, o trabalho buscará demonstrar como se consolidou a Separação dos Poderes na Constituição de 1988 e como se estrutura a Administração Pública dentro de cada esfera de Poder.

Em seguida, buscar-se-á o conceito de concurso público, sua finalidade e princípios norteadores, resgatando sua origem legal e sua importância como meio mais democrático e isonômico de acesso ao serviço público. Assim também será demonstrado o papel do edital e da Banca Examinadora na condução do certame.

Ademais, será mostrada as formas de controle à disposição do Estado, quais sejam: o controle administrativo (autotutela), o controle exercido pelo Ministério Público e pelo Legislativo através do Tribunal de Contas.

Por fim, será abordado o controle jurisdicional, verificando-se como a jurisprudência vem se portando frente às ações cujo objeto seja o controle de provas objetivas.

1 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 PODERES E FUNÇÕES

O Estado é formado por três elementos básicos indissociáveis: Povo, Território e Governo Soberano. O Povo é o elemento físico; Território, a superfície espacial; Governo Soberano, o elemento condutor da vontade estatal, “que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do povo”. Essa vontade estatal “apresenta-se e se manifesta através dos denominados *Poderes de Estado*”¹.

Vale lembrar que a teoria da separação dos poderes concebida à semelhança dos dias atuais, englobando o Executivo, Legislativo e Judiciário, tem como principal fonte sistematizadora a obra do ilustre Barão de Montesquieu: “De L’Esprit des Lois”, escrita em 1748.

Para o renomado pensador, a tripartição tinha o propósito de “impedir a concentração dos poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes”. Por isso, mostrava-se essencial, pois, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões de particulares”².

Trata-se, assim, de uma teoria que emergiu contra o Regime Absolutista e em prol da liberdade, sendo tomada como baliza pelos movimentos revolucionários que eclodiam na época e que deram origem ao Constitucionalismo moderno.

Nesse contexto, a tripartição dos poderes foi consagrada na Constituição norte-americana (1787) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), sendo alçada a princípio fundamental, sem o qual não haveria de se falar em Constituição. Tamanha foi a relevância dessa nova estrutura que serviu de paradigma às Constituições que sucederam.

Não obstante, a separação dos poderes concebida pelos Estados de Direitos foi sendo gradativamente abrandada, afastando-se a rigidez absoluta quanto às

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 61.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 33.

funções atinentes a cada esfera de Poder outrora idealizada. Isso ocorreu em função das próprias exigências políticas e sociais de cada momento histórico.

O importante é que essa dualidade vem a contribuir decisivamente no controle recíproco entre os Poderes, otimizando o denominado processo de “freios e contrapesos”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 contempla como Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário³. Tais Poderes são, pois, os representantes da vontade soberana, que por sua vez, se manifesta por meio de suas respectivas funções.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”⁴.

Vale ressaltar que aos Poderes também foram atribuídas a função típica, inerente à própria natureza, e a função atípica. Esta última, estranha à sua função precípua, porém necessária à gestão e controle dos Poderes.

Típica ou atípica, o certo é que o limite ao exercício de tais funções por cada Poder encontra-se delimitado na Constituição Federal.

1.1.1 Função Legislativa

A função legislativa, como o próprio nome sugere, é de competência do Poder Legislativo e consiste na elaboração de normas gerais e abstratas. Trata-se, assim, da função típica desse Poder.

Nos dizeres de Mello: “[...] função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição”.⁵

³ Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988, art. 2º.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.29.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35-36.

Por outro lado, a Constituição também reservou ao Legislativo o exercício da função atípica de natureza executiva e judicial. Exemplificando, constitui-se função de natureza executiva a cargo do Senador Federal a previsão sobre organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços; já a jurisdicional evidencia-se na previsão de julgamento do presidente da República perante o Senado, nos casos de crime de responsabilidade.

1.1.2 Função Jurisdicional

No exercício da função Jurisdicional, o Estado atua na solução de conflitos, objetivando o reestabelecimento da paz social. Tamaña atribuição é incumbida ao Poder Judiciário.

Todavia, como forma de preservação da independência e autonomia, o Poder judiciário exerce também funções atípicas. A de natureza legislativa é desenvolvida, por exemplo, quando da elaboração de regimentos internos; já a função atípica de natureza executiva, esta transparece nos atos relativos à administração de seus bens, serviços e servidores, a exemplo de concessão de licenças e férias aos seus magistrados e serventuários, conforme expressa o artigo 96, inciso I, alínea f, da Constituição Federal de 1988.

1.1.3 Função Executiva ou Administrativa

A Função Administrativa consiste em gerir os serviços públicos no interesse da coletividade, de acordo com os ditames legais. Tal incumbência é de competência do Poder Executivo.

Fazendo menção aos ensinamentos de Aricê Moacyr Amaral Santos, Carvalho Filho⁶ conceitua função administrativa como “aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”.

⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p. 4.

Assim como acontece nos demais Poderes, no Executivo também há previsão de funções atípicas, tanto de natureza legislativa como jurisdicional.

A edição de medidas provisórias pelo Presidente da República é um exemplo bem didático de função legislativa exercida pelo Poder Executivo. Tal previsão vem expressa no artigo 62, da Constituição.

No atinente à função de natureza jurisdicional, há quem diga que não há margem constitucional ao seu exercício pelo Executivo⁷; outros, no entanto, inserem nessa categoria a apreciação e julgamento de defesas e recursos administrativos pela Administração, visto que tal procedimento enseja uma solução de litígio com caráter de definitivo, embora apenas nessa esfera de Poder.

Nesta ótica, observa-se que não existe a separação absoluta entre os poderes, tendo em vista que eles legislam, administram e julgam, seja no exercício de suas funções típicas ou atípicas. Portanto, o desdobramento das funções se pauta na necessidade de estabelecer um limite mínimo e máximo de independência, objetivando a almejada harmonia entre os poderes.

1.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA ESTRUTURA

A Administração Pública compreende as entidades, órgãos e agentes utilizados na consecução da vontade estatal traçada na Constituição.

Para Hely Lopes Meirelles⁸:

Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes.

Para José Afonso da Silva⁹:

⁷ Nesse sentido CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p. 4.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder Político; em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.

É importante registrar dois sentidos utilizados pela doutrina para conceituar o termo Administração Pública: um objetivo (ou material) e outro subjetivo (formal ou orgânico). Para tanto, são levados em consideração os objetivos do Estado no cumprimento de suas atividades, bem como os órgãos e agentes que as executam.

No critério objetivo, tem-se como relevante a atividade administrativa exercida pelo Estado, através de seus órgãos e agentes, ou seja, trata-se da função administrativa. Nesse caso, a doutrina convencionou grafar o termo com letras minúsculas.

Aqui a expressão será utilizada com as iniciais maiúsculas, denotando o seu sentido subjetivo, que tem como foco o sujeito que a exerce. Sobre esse aspecto Carvalho Filho¹⁰ esclarece:

A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a **função administrativa em si**, e não o Poder em que ela é Exercida.

Em sendo assim, todos os órgão e agentes que exerçam função administrativa, independente do Poder ao qual pertençam, englobam a Administração Pública, sendo regidos pelas normas a ela atinentes.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 656.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p. 10.

1.2.1 Administração Pública Direta e Indireta

A Administração Pública de qualquer dos Poderes apresenta-se estruturada pela Administração Direta e Indireta. Na primeira, tem-se o próprio Estado desenvolvendo as atividades administrativas por meio das entidades estatais, pessoas jurídicas de Direito Público, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Estas atuam através de seus órgãos e agentes de forma centralizada.

Por outro lado, a Administração Indireta é constituída de pessoas jurídicas tanto de Direito Público como Privado, as quais se originam da transferência de competência das entidades estatais e são assim denominadas: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista. Esse processo de transferência de competência é conhecido como descentralização administrativa e visa tornar o exercício da função pública mais eficiente.

Dada a sua importância na condução dos fins públicos, essas pessoas jurídicas devem ser criadas ou autorizadas por lei, conforme previsto no inciso XIX, artigo 37, da Constituição Federal¹¹, que assim preceitua:

Art. 37.

[...]

“XIX. somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

Uma vez criadas, as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta atuam de forma autônoma, não possuindo qualquer vínculo hierárquico com o ente estatal que as criou. Contudo, são passíveis de controle quanto à observância das leis e dos fins para os quais foram criadas.

Em síntese, aponta-se como características comuns das pessoas jurídicas integrantes da administração pública: ter personalidade jurídica própria, sendo, portanto, sujeito de direitos e obrigações, respondendo pelos seus atos; possuir patrimônio próprio (os que são transferidos quando da sua criação, pela entidade criadora, e os que venham a conquistar); ter capacidade de auto-administração;

¹¹ BRASIL. Constituição Federal/1988, art. 37, inciso XIX.

deter receita própria, tendo liberdade para geri-la no cumprimento dos fins públicos para o qual fora criada; não possuir fins lucrativos, mas, sim, busca do interesse público e ser controlada tanto internamente como pelos órgãos de controle externo, a exemplo do controle exercido pelo próprio ente criador e pelo Tribunal de Contas.

1.2.2 Órgãos Públicos

Os órgãos públicos são unidades distribuídas tanto na estrutura da Administração Pública Direta como Indireta, aos quais é atribuída parcela de suas funções, não se confundem com a figura dos “agentes públicos”, pessoas físicas que os integram.

Segundo Meirelles¹², órgãos públicos:

São centros de competências instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal.

Para Carvalho Filho¹³: “pode-se conceituar órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.”

Nas lições de Celso Antônio Bandeira e Mello¹⁴:

Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros 2008, p. 68-69.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p. 13.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

Como se percebe, é característica marcante dos órgãos públicos não possuir personalidade jurídica, não sendo, portanto, sujeito de direitos e obrigações. Por isso, quem responde por seus atos é a entidade estatal, pessoa jurídica, que os abrange.

Ressalta-se, contudo, que, mesmo despersonalizado, em casos excepcionais, tem-se admitindo a capacidade processual de órgãos ocupantes da estrutura constitucional. Como exemplo, cita-se a impetração do mandado de segurança contra ato de órgão que viole a sua esfera de competência.

1.2.2.1 Classificação dos Órgãos Públicos

Muitas são as propostas de classificação para os órgãos públicos, dada a diversidade de atividades atribuídas ao Estado e distribuídas entre os três Poderes do Estado.

Ao tratar do assunto, Carvalho Filho¹⁵ agrupa os órgãos em três categorias: quanto à pessoa federativa, quanto à situação estrutural e quanto à composição.

No primeiro caso, os órgãos apresentam-se como *federais, estaduais, distritais e municipais*; quanto à situação estrutural, o autor faz uma subdivisão, classificando os órgãos em diretivos e subordinados. Assim, diretivos seriam os órgãos que detêm a função de comando e direção e, subordinados, os de execução.

Já quanto à composição, os órgão seriam *singulares (composto por um só agente)* e *coletivos (composto por vários agentes)*. Este último ainda se subdividiria em: *órgãos de representação unitária*, que tem como característica o fato da manifestação volitiva do dirigente representar a vontade do órgão (Departamentos e Coordenadorias); e *órgão de representação plúrima (ou colegiados)*, no qual a vontade do órgão, a exceção do ato de rotina administrativa, advém de vários agentes (Conselhos, Comissões).

Na clássica classificação de Meirelles¹⁶, os órgãos se agrupam quanto: sua posição estatal; sua estrutura; sua atuação funcional.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p. 14-15.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71-75.

Levando-se em conta a posição estatal, os órgãos se dividiriam em órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos.

Nesse sentido, *Órgãos independentes* (ou *primários*), como o próprio nome sugere, são aqueles não subordinados a qualquer outro órgão. Têm autonomia política, administrativa e financeira. Originam-se da Constituição e representam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. De forma didática, Meirelles¹⁷ explica:

Esses órgão detêm e exercem precipuamente funções *políticas, judiciais, quase judiciais* outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (*agentes políticos*, distintos de seus servidores, que são *agentes administrativos*), segundo normas especiais e regimentais.

Assim, são *órgãos independentes* as chefias do Executivo, nas três esferas de Governo; o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais; no âmbito Legislativo e, no Judiciário, os Tribunais e Juízes. O autor também inclui nessa classificação o Ministério Público, as Defensorias Públicas e os Tribunais de Contas, visto que engloba os membros dessas instituições na categoria “agentes políticos”, como se verá mais adiante.

Os *órgãos autônomos* também ocupam o topo da pirâmide governamental, porém são imediatamente subordinados aos chefes dos *órgãos independentes*. Nas palavras do autor¹⁸, tais órgãos:

Têm ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos, com funções precípua de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atividades que constituem sua área de competência. Participam das decisões governamentais e executam com autonomia as suas funções específicas, mas segundo diretrizes dos órgãos independentes, que expressam as opções políticas de Governo.

Como exemplo, figuram nessa categoria os Ministérios, no âmbito da União, e as Secretarias, nos Estados e Municípios. Acrescenta-se como característica peculiar dos *órgãos autônomos* o fato de seus funcionários, em regra, não serem

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72.

detentores de cargos efetivos, mas ocuparem cargos em comissão, por isso se enquadrando na categoria dos “agentes políticos”.

Os *Órgãos superiores* possuem poder de direção, controle, decisão e comando, mas se subordinam hierarquicamente aos *órgãos principais e autônomos*. São, por exemplo, os Gabinetes, as Secretarias Gerais, os Departamentos. “Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas”, já que, em regra, a execução fica a cargo de seus “órgãos subalternos”.

Por último, os *órgãos subalternos* são os subordinados aos *órgãos* já mencionados (independentes, autônomos e superiores), cujas atribuições são voltadas à execução da atividade-meio e atendimento ao público.

No que se refere à estrutura, os *órgão* podem ser *simples*, possuindo um só centro de competência, independente do número de cargos e agentes que ele possua (portarias e seções de expediente) ou *compostos*, ou seja, integrados por outros *órgãos* menores, que exercem atividades em prol do mesmo fim, mas de forma desconcentrada (secretaria de saúde e seus postos de saúde).

Enfim, quanto à atuação funcional, tem-se os *órgãos singulares*, cujo poder decisório é de atribuição de um único agente, independente da quantidade de agentes que o integrem (chefias do Executivo) ou *colegiados*, nos quais as decisões são fruto da vontade coletiva de seus agentes (Tribunais, Comissões).

1.2.3 Agentes Públicos

Como visto a Administração Pública Direita e Indireta de quaisquer dos Poderes é constituída de *órgãos*, centros de competências sem personalidade jurídica. Estes, por sua vez, são integrados por pessoas físicas incumbidas de executar as diversas funções distribuídas entre os Poderes do Estado, as quais recebem o título de *agentes públicos*.

Não obstante, o Poder Público também se vale de pessoas físicas não pertencentes à estrutura da Administração Pública, as quais, contudo, também se enquadram no gênero *agentes públicos*, em virtude de certas atividades prestadas, mesmo que transitoriamente e sem remuneração.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ressaltando o alcance da expressão, coloca que, genericamente, *agentes públicos* englobam todos “os

sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

É o caso, por exemplo, das delegatárias de serviço público, como as concessionárias e permissionárias, que, embora não fazendo parte do aparelho estatal, consideram-se *agentes públicos*.

Sob a ótica do autor, isso se explica porque, integrantes ou não do aparelho estatal, todos estão sobre um denominador comum, ou seja¹⁹:

São, ainda que algum deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes.

Nas palavras do ilustre Hely Lopes Meirelles²⁰: “agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Considerada a abrangência da expressão, a doutrina costuma agrupar os agentes públicos em categorias. Nessa linha, seguindo a classificação apresentada por Meirelles, tem-se que os agentes públicos subdividem-se em: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

1.2.3.1 Agentes Políticos

Os agentes políticos são integrantes da cúpula do Estado, a quem a Constituição Federal conferiu as funções estratégicas de Governo e Administração do Estado, bem como concedeu garantias e prerrogativas especiais, que lhes garantem uma ampla autonomia funcional. Não são, assim, subordinados a nenhum outro órgão, tendo como limite apenas a Constituição e as Leis.

Segundo Hely Lopes Meirelles²¹:

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242-243.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

Nessa categoria se encontram os *Chefes de Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus *auxiliares imediatos* (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os *membros das Corporações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores); os *membros do Poder Judiciário* (Magistrados em geral); os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes diplomáticos* e demais autoridades que atuam com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Acrescenta o autor que tal entendimento advém da nova redação dada pela EC 19/88 ao artigo 37, XI, da Constituição, que relaciona os agentes políticos e prevê sua remuneração através de subsídios.

A doutrina diverge quanto ao enquadramento dos membros do Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas nesta categoria. Para tanto, vale-se, entre outros, do argumento de que *agentes políticos* são apenas aqueles que exercem efetivamente função de Governo, sendo os formadores da vontade superior do Estado.

Adepto desse entendimento restrito, José dos Santos Carvalho Filho assim leciona:

[..] parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem **efetivamente** (e não **eventualmente**) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Dando ênfase à natureza do vínculo jurídico com o Poder Público, o autor invoca o pressuposto da transitoriedade na função como característica inerente aos *agentes políticos*. Explica que os membros dos órgãos mencionados não são eleitos, mas, em regra, nomeados em decorrência de aprovação em concurso público. Assim, conclui que seria “mais apropriado inseri-los como servidores especiais, dentro da categoria genérica de servidores públicos”²².

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 79.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p 532.

Posicionamento semelhante também compartilha Celso Antônio Bandeira de Mello²³ ao não contemplar tais agentes na categoria em comento:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos **apenas** o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores". (grifos nossos).

Em que pese a divergência, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que os magistrados, membros dos Tribunais de Contas e do Ministério Público são de fato *agentes políticos*.

1.2.3.2 Agentes Administrativos

Agentes administrativos são as pessoas diferentes dos *agentes políticos*, que têm vínculo profissional remunerado com a Administração Pública. São os ocupantes dos cargos públicos, empregos públicos e das funções de confiança, distribuídos nas três esferas de Poder, conforme regras do artigo 37 da Constituição Federal.

Essa categoria de agentes sujeita-se à hierarquia e, de acordo com o vínculo jurídico, dividem-se em: servidores públicos, empregados públicos e agentes temporários.

Os servidores públicos possuem vínculo estatutário, pois se sujeitam ao regime jurídico administrativo. São os integrantes da Administração Direta, suas autarquias e fundações públicas.

Por sua vez, empregados públicos são os ocupantes de empregos públicos. Assim, possuem vínculo empregatício, sendo regidos pelas regras da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Em regra, ocupam os empregos nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito **Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 245-246.

Já os agentes temporários são aqueles contratados em caráter excepcional, nos termos do inciso IX, do artigo 37, da Constituição. Tal contrato não é regido pelas normas trabalhistas, como acontece com os empregados públicos, mas de direito público. Isso leva a enquadrar tais agentes também como estatutários, embora regidos por um estatuto próprio e não ocupantes de cargos públicos.

1.2.3.3 Agentes honoríficos

Os *agentes honoríficos* são aqueles convocados ou designados para prestarem serviços públicos considerados relevantes, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional. Essa prestação de serviço é transitória e, em regra, sem remuneração, não resultando vínculo profissional com o Poder Público. São exemplos dessa categoria os jurados e os mesários eleitorais.

1.2.3.4 Agentes delegados

Os *agentes delegados* são particulares que exercem atividade de relevância pública, em nome próprio, mas segundo normas do Estado e fiscalização do órgão delegante. Inserem-se nesta categoria, dentre outros, as concessionárias e permissionárias de serviço público.

Embora não sejam considerados servidores públicos, os *agentes delegados* sujeitam-se a responsabilidade civil objetiva prevista no § 6º, do artigo 37, da Constituição, bem como ao mandado de segurança, nos termos do artigo 1º, da Lei 1.533/51. Além disso, seus empregados são tidos como *funcionários públicos* para fins penais, conforme artigo 327, do Código Penal.

1.2.3.5 Agentes credenciados

Agentes credenciados são aqueles que praticam alguma atividade específica em nome da administração ou a representa em determinado evento, tendo em vista sua especialização ou notório conhecimento. Para tanto, recebem remuneração do

Poder Público. Esses agentes também são considerados *funcionários públicos* para fins penais, nos termos do artigo 327, do Código Penal.

1.3 FORMAS DE ACESSO AOS PODERES DO ESTADO

Primeiramente, tem-se como forma de acesso aos Poderes o processo eleitoral, consubstanciado no parágrafo único, do art. 1º da Constituição, segundo o qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos de Constituição”²⁴. Nesse sentido, a eleição é utilizada para prover os cargos ocupados pelos agentes políticos do Poder Executivo e Legislativo da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

No Poder Judiciário, verifica-se duas formas de acesso: concurso público e nomeação. Assim, na primeira instância, o acesso se dá por meio de concurso público; já na segunda instância, mediante nomeação, sendo uma parte em virtude de promoção de juízes na carreira e, a outra, pelo quinto Constitucional, reservado aos membros do Ministério Público e advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil. Nos Tribunais Superiores, cabe ao Presidente da República nomear dentre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada aqueles mais aptos ao exercício do cargo, após aprovação das escolhas pela maioria absoluta do Senado Federal.

No âmbito da Administração Pública, em regra, o acesso aos cargos, empregos e funções públicas distribuídas nas três esferas de Poder se dá por meio de aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, conforme estabelecido no artigo 37, inciso II, *in verbis*²⁵:

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

[...]

²⁴ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 1º, parágrafo único.

²⁵ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 37, inciso II.

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

Não obstante, vê-se que o dispositivo traz ressalva a exigência do concurso público em relação a nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Neste ponto, importante fazer a distinção entre cargo em comissão e função de confiança, conforme salienta o Procurador do Estado do Rio Grande do Norte Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa²⁶:

Não se confundam os cargos comissionados com as funções de confiança. Embora ambos sejam de livre nomeação e exoneração – porque dispensam concurso público – os primeiros podem ser ocupados por qualquer cidadão, enquanto as funções de confiança só podem ser preenchidas por servidores de carreira devidamente concursado, isto é, já ocupante de cargo efetivo.

Vale salientar que a Constituição reservou à lei a disciplina das condições e percentuais mínimos destinados ao preenchimento dos cargos comissionados, além de estabelecer que tanto estes últimos como as funções de confiança destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme se depreende da leitura do inciso V, do artigo 37²⁷.

Art. 37.

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, **destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**; (grifos nossos)

²⁶ SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos Concursos Públicos**. São Paulo: Método, 2007, p.26.

²⁷ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 37, inciso V.

Constata-se, assim, que os cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas não concursadas, mas não as funções de confiança, visto que são exclusivas de servidores ocupantes de cargo efetivo.

Também não é precedida de concurso público a contratação dos agentes temporários imbuídos de atender as necessidades de excepcional interesse público, prevista no inciso IX, do mesmo artigo 37²⁸. Nesse caso, os candidatos passam por um processo simplificado, nos termos do art. 3º da Lei 8745/1993²⁹: “Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público”.

A Constituição Federal ainda prevê outras hipóteses de cabimento de ingresso no serviço público sem a precedência de concurso público, como acontece nas nomeações de membros para compor o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério. E mais recentemente, com a EC 51/2006 que incluiu o § 4º ao artigo 198³⁰, tem-se a figura dos agentes comunitários de saúde e de combate às endemias.

Ademais, o artigo 53, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prevê expressamente a não exigência do concurso público para os ex-combatentes que tenha efetivamente atuado em operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, os quais poderão ser aproveitados no serviço público.

Para este trabalho, contudo, mostra-se relevante o concurso público como forma de acesso aos cargos e empregos públicos. Por isso, será tratado mais minuciosamente nos capítulos seguintes.

²⁸ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 37, inciso IX.

²⁹ Brasil. Lei 8.745/1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745compilada.htm>. Acesso em: 25/05/2013.

³⁰ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, art. 198, § 4º.

2 CONCURSO PÚBLICO

2.1 ORIGEM NO BRASIL

O princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos vem sendo contemplado pelo sistema jurídico brasileiro desde a produção da primeira Constituição, conforme leitura do artigo 179, inciso XIV, da Constituição Política do Império de 1824³¹:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes. (grifos nossos)

Nessa mesma linha, o artigo 73 da Constituição da República de 1891³²: “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.

Não obstante, o concurso público só veio a integrar o ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1934. À época, o processo realizava-se tanto através de prova como apenas através da análise de títulos. Além disso, a exigência só abrangia o ingresso aos cargos iniciais de carreira, conforme artigo 170, 2º, *in verbis*³³:

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

[...]

³¹ Brasil. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Brasília, DF: Senado, 1824.

³² Brasil. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1891.

³³ Brasil. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1934.

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

Mais tarde, a Constituição de 1967³⁴ ampliou a exigência do concurso para todos os cargos públicos, bem como fixou que a sua realização deveria se dar através de provas ou provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão, conforme leitura do artigo 95, 1º e 2º:

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

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

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

Hodiernamente, o concurso público é um dos ícones do Estado Democrático Direito e encontra-se expressamente previsto no inciso II, artigo 37, da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

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

Como se percebe, a exigência do concurso público engloba os cargos e empregos públicos que compõem a Administração Pública de todos os Poderes, nos três entes da Federação.

³⁴ Brasil. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1967.

2.2 CONCEITO E FINALIDADE

O concurso público é um processo administrativo destinado a selecionar os candidatos mais preparados a ocupar cargos e empregos na Administração Pública.

Nas lições de Carvalho Filho³⁵:

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

Para Hely Lopes Meirelles³⁶:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei... .

Em obra que trata especificamente do tema, o professor Agapito Machado Júnior³⁷ esclarece que:

Concurso público é um veículo ou meio constitucional de que se vale a Administração Pública (direta e indireta) apto a garantir o acesso do povo na condição de servidor público ao poder político, preservando-se a indisponibilidade do interesse público, este último, princípio constitucional inserido expressamente pela EC nº 19/98 no art. 37 da CF/88.

No entender do professor Fabrício Motta³⁸:

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008, p. 561.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 440.

³⁷ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

A realização de certame competitivo, prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos, objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando este mecanismo, são atendidas também as exigências do princípio da eficiência, neste momento atendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

Diante de tais considerações, vê-se a importância do concurso público no processo de recrutamento dos agentes públicos e na concretização dos princípios constitucionais. Por isso, torna-se imprescindível que o Estado se utilize de critérios objetivos, garantido a mais ampla e justa concorrência.

2.3 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO.

Os princípios são as normas abstratas tidas como verdades fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico. Podem vir expressos ou não no texto Constitucional, servindo, assim, como parâmetro à interpretação, aplicação e criação das normas infraconstitucionais.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹:

Princípios é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque defini a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Esclarece ainda o autor que a violação a um princípio constitui violação ao próprio sistema normativo, sendo, portanto, muito mais grave do que a violação a uma norma.

³⁸ MOTTA, Fabrício. **Direitos Fundamentais e Concurso Público**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. p. 76. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2013.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

Nesse contexto, registra-se que o concurso público, além de realizar o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos e da isonomia, também envolve uma série de outros princípios. Com efeito, não pode o certame deixar de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais norteiam toda atividade administrativa, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição.

Ademais, o artigo 2º da lei 9.784/99⁴⁰, que regula o processo administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal, trouxe expressos importantes princípios como o da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público, dos quais o concurso público não pode se afastar.

Para uma melhor compreensão da aplicação desses princípios no concurso público, passa-se a uma breve análise.

2.3.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é o corolário do Estado de Direito, visto que neste impera os ditames da lei. Desse modo, a Constituição Federal o traz consubstanciado nos artigos 5º, inciso II, 37, *caput*, e 84, inciso IV, da Constituição Federal.

Nos termos do artigo 5º, inciso II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Para o particular, tal princípio autoriza fazer tudo que a lei não proíba; já para Administração Pública apenas o que a lei permitir. Com efeito, o artigo 37, *caput*, o traz expresso entre os princípios norteadores da Administração Pública.

Conforme ensina o renomado Hely Lopes Meirelles⁴¹:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

⁴⁰ Brasil. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 01 de fev. de 1999.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

O autor ainda acrescenta que, “além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos”, interpretação do inciso I do parágrafo único do artigo 2^a da Lei 9.784/99.

Esse princípio é decorrente da indisponibilidade do interesse público, que subordina a atuação da atividade administrativa à lei, no sentido de evitar arbítrios e desvio da finalidade estatal de concreção do interesse da coletividade.

Nesse sentido, brilhante são as palavras de Bandeira de Mello⁴²:

[...] o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos, cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

O artigo 84, IV, da Constituição, trata da competência reservada ao Presidente da República de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos para sua fiel execução”. Segundo o mesmo autor, essa competência reforça ainda mais o caráter subalterno da função administrativa.

Importante mencionar que o princípio da legalidade não é absoluto, de tal sorte que a própria Constituição prevê restrições em hipóteses excepcionais, como nos casos das medidas provisórias, estado de defesa e estado de sítio.

Em se tratando de concurso público, a norma orientadora e limitadora é o edital, este, contudo, deve está em consonância com o ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal, princípios aplicáveis e a lei.

Como salienta Machado Júnior⁴³:

É importante atentar para o fato de que as normas constantes do edital são verdadeiros regulamentos administrativos do concurso público (atos administrativos normativos), sendo, pois, verdadeiras normas secundárias de execução ou implementação da vontade legislativa, dependendo a sua validade da fiel observância da lei, por força do que se extrai do art. 84, IV, da CF/88.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101.

⁴³ MACHADO JÚNIOR, **Agapito. Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p 118.

Em sendo assim, não pode o edital inovar no sentido de trazer limitações de acesso ao cargo ou emprego público que não estejam previstas na lei específica da respectiva carreira e que, por sua vez, guardem coerência com as limitações aceitáveis pela Constituição.

Ademais, é importante anotar que qualquer restrição imposta a candidato, seja por edital ou por lei específica, terá de atentar também ao princípio da razoabilidade, de forma a impedir que se criem limitações que atentem contra o processo concorrencial, atingindo a isonomia.

2.3.2 Princípio da Impessoalidade

No que se refere ao princípio da impessoalidade, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴, ressaltando sua importância, equipara-o ao princípio da igualdade ou isonomia:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Hely Lopes Meirelles⁴⁵, por sua vez, ressalta que o princípio da impessoalidade “nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objeto do ato, *de forma impessoal*”. Fica, assim, o administrador impedido de praticar o ato no interesse próprio ou de terceiros.

Acrescenta o autor que tal princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou agentes públicos sobre suas realizações administrativas, o que contribui com a moralidade administrativa.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.93.

A exigência de concurso público é decorrência direta do princípio da impessoalidade, no que permite o acesso ao serviço público de forma democrática e igualitária, excluindo qualquer forma de apadrinhamentos.

2.3.3 Princípio da Moralidade

Quanto ao Princípio da Moralidade, aduz-se que a Administração e seus agentes, além do dever de cumprir os estritos termos da lei, têm de agir em conformidade com os princípios de direito, com a ética e a moral, zelando sempre pela lealdade e boa-fé, pois conforme salienta Meirelles⁴⁶:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

O afronto ao princípio enseja a invalidação do ato administrativo, bem como sujeita o agente público à responsabilidade administrativa e por ato de improbidade, visto constituir pressuposto de validade do ato.

Nessa linha, cita-se como instrumentos importantes na proteção do princípio da moralidade a ação popular, prevista no artigo 5º, LXXIII, da Constituição, e a Lei 8.429/92, que trata das sanções por prática de improbidade administrativa. Esta última engloba como ato de improbidade atentatório aos princípios da administração pública, entre outros, a conduta que frustre a licitude de concurso público, senão vejamos:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

V - frustrar a licitude de concurso público;

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

Vê-se, assim, a preocupação do legislador com a integridade do concurso público, considerando como improbidade administrativa os atos atentatórios ao seu fiel processamento.

2.3.4 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade orienta que os atos dos agentes públicos devem ser transparentes, de tal modo que o povo, verdadeiro titular do poder político, possa acompanhá-los e fiscalizá-los. Trata-se de requisito de validade e eficácia do ato, ressalvados os casos de sigilo previstos em lei.

Como bem esclarece Meirelles, “o princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais...”.

Desse princípio decorre a obrigatoriedade de publicação do edital em órgão oficial e de imprensa, com prazo de inscrição por período razoável, permitindo o mais amplo conhecimento, sob pena de invalidação.

A esse respeito, contributivas são as palavras do professor Machado Júnior⁴⁷:

A publicidade do Concurso, além de atender ao princípio da publicidade constante do art. 37 da CF/88, denota a um só tempo: (a) a possibilidade de controle dos atos do concurso por parte do povo que traduz o princípio democrático, além de garantir a moralidade; (b) a ampliação da concorrência através do maior número de candidatos, o que favorecerá a qualidade dos aprovados em plena observância ao princípio da eficiência; (c) a garantia do amplo acesso a cargos públicos, o que antes se restringia a uma pequena casta de privilegiados, o que indica também respeito ao princípio da impessoalidade.

Vale salientar que o princípio da publicidade deve ser observado em todas as fases do concurso público, permitindo aos interessados o acompanhamento de sua evolução, que culmina com o ato de posse.

Neste contexto, insta comentar a relevante decisão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do Processo Nº 0024090-

⁴⁷ MACHADO JÚNIOR, **Agapito. Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p 96.

77.2009.4.01.3400, que manteve a decisão da Justiça Federal do Distrito Federal de conceder a parte autora o direito de posse em concurso público, mesmo após a perda do prazo de convocação publicado no Diário Oficial. A notícia da decisão foi veiculada no sítio do Fato Notório⁴⁸, que assim destacou:

O juiz federal convocado relator do processo, Renato Martins Prates, observou que as regras do edital devem ser respeitadas sob pena de invalidação de todo o processo administrativo, sendo realmente de obrigação de o candidato acompanhar todas as etapas do concurso “todavia (...) tenho que seria irrazoável esperar-se que, diariamente, ficasse o apelado obrigado a consultar a internet ou a ler o Diário Oficial para saber se teria sido chamado para tomar posse. Note-se que a convocação só ocorreu um ano seis meses depois da aprovação”.

No caso, a parte autora alegou violação ao Princípio da Publicidade, visto que o ato de publicação apenas no Diário Oficial não era a forma mais ampla e democrática possível, visto que não contemplava aqueles que tinham dificuldade de acesso à internet, como *in casu*

Nesse sentido, o relator entendeu que a publicidade do ato deveria ter sido também por meio de intimação pessoal, principalmente em virtude do lapso temporal que se passou desde a homologação do concurso:

“Ainda que o edital não preveja a intimação pessoal do candidato para tomar posse, deveria a Administração assim proceder, em razão do longo lapso temporal, de modo a serem observados os princípios da publicidade e da razoabilidade”, ressaltou o magistrado.

Portanto, tem-se que, à luz da razoabilidade, a efetividade do princípio da publicidade não ocorreu, visto que, para tanto, haveria de ter sido feita a intimação pessoal por parte da Administração Pública.

2.3.5 Princípio da Eficiência

⁴⁸ Fato Notório: **Publicação no DOU não é suficiente para convocação de aprovado em concurso**. Disponível em: <<http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/13365/publicacao-no-dou-nao-e-suficiente-para-convocacao-de-aprovado-em-concurso>> Acessado em 18/07/2013.

O Princípio da Eficiência foi introduzido ao artigo 37 da Constituição por meio da EC nº 19/1998 e orienta a racionalização dos atos atinentes à Administração Pública, no sentido de proporcionar um serviço de melhor qualidade e a custo baixo. Em outras palavras, o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional⁴⁹.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁰, o princípio da eficiência apresenta dois aspectos:

Pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação **ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Vê-se, assim, que o princípio da eficiência alcança tanto a organização da Administração Pública como o modo de atuação dos seus agentes.

Em consonância com esse princípio, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o direito à celeridade processual, consubstanciado no inciso LXXVIII do artigo 5º, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁵¹.

Nessa mesma linha, o concurso público apresenta-se como instrumento concretizador do princípio da eficiência, visto que tem como objetivo selecionar os melhores candidatos para ocupar os cargos e empregos públicos, contribuindo com a otimização do serviço público.

2.3.6 Princípio da Igualdade

O concurso público como um dos ícones do Estado de Direito é regido pelo princípio da igualdade, que, por sua vez, decorre diretamente do princípio republicando.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.93.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

A esse respeito, contributivas são as palavras do professor Adilson Abreu Dallari⁵²:

No sistema jurídico brasileiro a garantia de igual acesso a todos os interessados em ingressar no serviço público tem fortíssimas raízes constitucionais, a partir do próprio art. 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio republicano, o qual não admite castas ou classes de cidadãos. A obrigatoriedade do concurso de ingresso no serviço público já é uma decorrência do princípio republicano, mas é reforçada ainda mais pelo princípio da isonomia e por disposições constitucionais expressas.

Nesse sentido, o concurso visa permitir que qualquer um do povo, brasileiro ou estrangeiro, possa concorrer aos cargos e empregos públicos, ressalvadas os requisitos estabelecidos em lei, nos termos do artigo 37, inciso I, da CF.

Sob essa ótica, a Constituição Federal cuidou de estabelecer a efetividade do acesso aos cargos e empregos públicos e do princípio da isonomia também aos portadores de deficiência física, cujos percentuais estão estabelecidos na Lei 7.853/1989.

Não obstante, consideradas as peculiaridades inerentes a alguns cargos e emprego público, a própria Constituição, em seu artigo 39, § 3º, cuidou de permitir ao legislador o estabelecimento de “requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”. Em geral, tais requisitos envolvem altura, sexo, idade, que, quando presentes nos editais, quase sempre, ocasionam questionamentos na esfera judicial.

No que pese a discussão, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo serem razoáveis determinadas restrições desde que expressamente previstas em lei e estritamente relacionados à natureza e às atribuições do cargo público a ser provido, visto que o edital não tem o poder de inovar.

Nesse sentido, o RE 630603/RJ, recentemente relatado pelo Ministro Ayres Brito⁵³:

⁵² DALLARI, Adilson Abreu. **Princípio da Isonomia e Concursos Públicos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2013, p. 1.

⁵³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 630603, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 13/03/2012, publicado em DJe-070 DIVULG 10/04/2012 PUBLIC 11/04/2012.

EMENTA: vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão assim ementado (fls. 68): “Agravo Interno em Apelação Cível. Direito Administrativo. Concurso Público. **Requisito de altura mínima de candidato para ingresso na PMRJ.** Decisão administrativa conforme Edital do concurso dentro dos limites legais. Decisão administrativa dentro dos limites do Edital. Regularidade do ato impugnado. IMPROVIMENTO DO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.” 2. Pois bem, o recorrente aponta violação ao inciso IV do art. 3º, ao caput do art. 5º e ao inciso I do art. 37, todos da Magna Carta, assim como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. [...]. 4. **Tenho que a insurgência não merece acolhida. Isso porque, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições do cargo público a ser provido.** Confiram-se, por amostragem, os seguintes precedentes: **Als 486.439**, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; e **746.070**, da relatoria do ministro Marco Aurélio; **REs 141.357**, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; **511.588-AgR**, da relatoria do ministro Marco Aurélio; **523.737-AgR**, da relatoria da ministra Ellen Gracie; e **581.251**, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; bem como **MSs 29.920 e 29.963**, ambos da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 5. **No particularizado caso dos autos, a natureza do cargo a ser provido (soldado da PMERJ) revela que a exigência de estatura mínima, determinada por lei específica, é razoável e proporcional.** 6. **Nesse mesmo sentido é a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça, de que é exemplo o RE 140.889**, da relatoria do ministro Marco Aurélio [...]. 7. **Vejam-se, ainda, os Als 581.992-AgR e 769.254**, ambos da relatoria do ministro Gilmar Mendes; e **780.520**, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como o **RE 148.095**, da relatoria do ministro Marco Aurélio. Ante o exposto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. (grifos nossos).

Como se percebe, o julgado salienta que existe a previsão em lei específica do requisito exigido no edital (estatura mínima), não havendo irregularidade quanto a sua previsão no edital. Além disso, aponta vários precedentes, consolidando o entendimento da Suprema Corte.

Ademais vale transcrever os enunciados das Súmulas 683 e 684 do STF⁵⁴, que assim dispõe:

683. O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 683 e 684.**

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

Utilizando-se das palavras de Procurador do Estado do Rio Grande do Norte Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa: “a inteligência desses enunciados leva à conclusão, não recente, de que os desiguais devem ter tratamento diferenciado e que toda discriminação razoável é válida”.

Vê-se, portanto, que a discriminação é possível, desde que fundada em critérios razoáveis e justificáveis em função das atribuições do cargo ou emprego público.

2.3.7 Princípio da Razoabilidade

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Para Di Pietro⁵⁶, “trata-se de princípio aplicado ao Direito administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionarieidade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do Poder Judiciário”.

Não obstante, nada impede que o princípio da razoabilidade seja aplicado no exame de validade de qualquer atividade administrativa, embora sua aplicação esteja mais presente na discricionária⁵⁷.

É por isso que, mesmo quando há certa liberdade outorgada por lei, o administrador deve escolher aquela que melhor se encaixe ao caso concreto e, conseqüentemente, ao interesse público, sob pena de ter sua conduta considerada ilegítima.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95.

Conforme salientam Maia e Queiros⁵⁸, o princípio da razoabilidade é amplamente aplicável na seara do concurso público, sobretudo quando do controle jurisdicional, funcionando como verdadeiro “freio” da postura discricionária das Bancas Examinadoras.

Com efeito, a Banca Examinadora não pode utilizar-se da discricionariedade para exigir condições que, por exemplo, impliquem em desigualdade no processo concorrencial, a menos que, considerado o caso concreto, se mostrem razoáveis com a exigência do cargo e emprego público e mantenham pertinência com a Constituição e a Lei, conforme já salientado quando da análise do princípio da isonomia.

2.4 ABERTURA DO CONCURSO PÚBLICO E ESCOLHA DA BANCA EXAMINADORA

A abertura do concurso público pressupõe a existência de cargos e empregos vagos, a real necessidade de seus preenchimentos e dotação orçamentária destinada a esse fim.

Não obstante, entidades e órgãos podem estabelecer outros requisitos à abertura do certame, visando sempre o interesse público. Nesse sentido, no âmbito do Executivo Federal, determina a Portaria MP nº 450/2002, em seu artigo 5º: “A realização de concursos depende de prévia autorização do Ministério do Planejamento”; já a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, LC nº 73/93, pontua os casos nos quais se permite a realização do concurso público, nestes termos: “os concursos públicos devem ser realizados na hipótese em que o número de vagas da carreira exceda a dez por cento dos respectivos cargos, ou, com menor número, observado o interesse da Administração e a critério do Advogado-Geral da União”.

O concurso público pode ser realizado tanto de forma direta como indireta. No primeiro caso, a própria entidade ou órgão interessado realiza-o através de seus próprios meios. Como exemplo de execução direta, figuram os concursos destinados a recrutar pessoal para preencher os quadros do Ministério da Fazenda, que ficam a cargo da Escola de Administração Fazendária (ESAF), órgão integrante de sua

⁵⁸ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

estrutura. As forças armadas também possuem seus próprios centros de seleção e recrutamento.

Na execução indireta, a escolha da Banca Examinadora efetiva-se através de processo licitatório, o qual permita ampla concorrência entre as instituições especializadas. Na visão de Maia e Queiroz⁵⁹, essa forma de execução parece ser a mais apropriada, pois evita a ingerência da Administração no processo de recrutamento e seleção de seu pessoal, garantido maior imparcialidade.

Como se percebe, o papel da Banca Examinadora é de crucial importância na condução do certame. Depreende-se, assim, que esta seja composta de um corpo técnico altamente qualificado, o qual providenciará a elaboração do edital e dará seguimento às etapas seguintes, que se estendem até a sua homologação.

2.4.1 Instrumento Editalício

O edital é a lei do concurso público. É o instrumento através do qual a Administração Pública dá publicidade ao certame. Nele devem estar contidas todas as regras e condições para a seleção e recrutamento dos novos agentes públicos.

Não obstante, vale salientar que as normas contidas no edital devem estar em consonância com o ordenamento jurídico, vez que são “verdadeiras normas secundárias de execução ou implementação da vontade legislativa, dependendo a sua validade da fiel observância da lei, por força do que se extrai do art. 84, IV, da CF/88”⁶⁰.

Nesse ponto, o professor Agapito Machado Júnior⁶¹ chama atenção para importância em se distinguir as regras de acesso ao cargo ou ao emprego público daquelas que dizem respeito ao procedimento de execução do certame. Isso porque as primeiras reclamam, necessariamente, previsão legal (art. 37, I, da CF/88), “podendo o edital apenas reproduzi-las, sem inovação, haja vista que não se pode restringir um direito com base em norma secundária”; por sua vez, “às regras de execução do concurso deverão estar previstas de forma mais genérica na lei (art.

⁵⁹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

⁶⁰ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

⁶¹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 118.

37, II, da CF/88), podendo, contudo, o edital desenvolvê-las de forma racional, tornando mais minuciosas as etapas”.

Registra-se que, mesmo advindas de previsão legal, as restrições constantes do edital devem guardar razoabilidade com as atribuições dos cargos e empregos públicos, para que não se criem obstáculos desnecessários, que atentem contra a isonomia do processo.

Ademais, é sabido que a Banca Examinadora dispõe de certa liberalidade quanto à disposição de alguns quesitos presentes no edital, de acordo com sua conveniência e oportunidade. Nesse sentido, cabe-lhe, por exemplo, a escolha do conteúdo, critérios de correção e elaboração de prova.

Contudo, uma vez delineados no edital, os critérios elegidos pela Banca passam a vincular tanto a Administração como os administrados, de modo que a sua não observância afronta o princípio da legalidade.

A propósito, o edital também se sujeita aos cânones da hermenêutica jurídica, aos processos de integração e aos princípios gerais do direito, estando passível ao controle administrativo e judicial.

A título de exemplo, seguem algumas das condições e regras básicas que devem constar no edital, conforme salientado por Maia e Queiroz⁶²: a) o nome da repartição, órgão ou entidade interessada e a descrição do objeto do concurso público, vale dizer, a indicação do número de vagas a serem preenchidas dos cargos ou dos empregos públicos, a sua denominação, a classe e o padrão inicial, os respectivos vencimentos e o lugar de sua lotação; b) o total de vagas correspondentes à reserva destinada às pessoas portadoras de deficiência e respectivas exigências trazidas no Decreto n. 3.298/99; c) o regime jurídico do cargo ou emprego (estatutário ou celetista); d) o conteúdo programático das disciplinas que serão cobradas nas provas; e) o critério e a metodologia de correção das provas e de avaliação dos candidatos, com a indicação precisa da pontuação mínima e do peso de cada disciplina, bem como das fórmulas ou equações matemáticas representativas de tais critérios, com disposições claras e parâmetros objetivos; f) as instruções e as normas para a realização das provas de capacidade física, avaliação psicológica e de habilitação específica; g) a previsão dos recursos administrativos

⁶² MAIA. Márcio Barbosa; QUEIROZ. Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91-94.

em todas as fases do concurso público, com a menção dos prazos de interposição e os meios necessários à obtenção de informações e esclarecimentos relativos ao concurso público e a possibilidade de impugnação do edital com os prazos e as condições; h) a data provável do término da correção das provas e a sua divulgação aos candidatos; i) a lotação inicial dos aprovados e a disciplina objetiva dos critérios de remoção.

Ressalta-se que o edital deve ser publicado com certa antecedência, permitindo aos candidatos tempo razoável de preparação. Como não há norma que mencione o prazo mínimo entre a publicação do edital e a realização do concurso, entende-se, por analogia, que este deva ser o mesmo destinado à modalidade de licitação concurso, ou seja, 45 dias, nos termos do artigo 21, parágrafo 2º, I, da Lei nº 8.666/93⁶³.

⁶³ MAIA. Márcio Barbosa; QUEIROZ. Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

3 CONTROLE EXERCIDO SOBRE A BANCA EXAMINADORA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como se vê, a Administração Pública, em sentido subjetivo, engloba todo um aparato estatal composto por entidades, órgão e agentes públicos, que compõe o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Todo esse aparato tem como objetivo o desenvolvimento de atividades em prol do interesse público.

Nesse contexto, para garantir o bom desenvolvimento da função administrativa, evitando possíveis desvios ou excessos por parte de seus agentes, a Administração Pública é submetida tanto a controle interno como externo. O primeiro, advindo da própria Administração e, o segundo, exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Mais precisamente, como propõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁴:

Pode-se definir o controle da Administração pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Não se pode esquecer que o Ministério Público também é de fundamental importância no controle da Administração, vez que é o órgão fiscalizador por excelência. Nesse sentido, a Constituição confiou-lhe o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados⁶⁵, para o que dispõe de uma gama de instrumentos, a exemplo da legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos⁶⁶.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 672.

⁶⁵ “Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988).

⁶⁶ “Art. 129, III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988).

O Tribunal de Contas também exerce função fiscalizadora sobre a Administração Pública, auxiliando no controle externo a cargo do Poder Legislativo. A esse respeito, relevantes são as considerações de Motta⁶⁷, *in verbis*:

O Controle efetuado pelos Tribunais de Contas, ao contrário de outros, transcende a mera atestação da legalidade da gestão financeira. Abrange a avaliação dos objetivos de políticas de governo, a mensuração dos seus resultados, a comparação entre custos e benefícios e uma série de outras análises primordiais para o equilíbrio entre as crescentes necessidades sociais e os poucos recursos públicos. Ultrapassada a perspectiva legalista que preza tão somente a subsunção do fato às prescrições da lei, o controle realizado pelos Tribunais de Contas deve, ao priorizar a fiscalização da implementação, execução e fiscalização dos serviços e das políticas públicas, possibilitar a realização de transformações sociais.

A possibilidade de fiscalização dos concursos públicos pelos Tribunais de Contas vem expressa no artigo 71, inciso III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

III - apreciar, para fins de registro, **a legalidade dos atos de admissão de pessoal**, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório. (grifos nossos).

Ademais, o povo também pode provocar o procedimento de controle tanto para os interesses pessoais como coletivos.

3.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo é aquele exercido pelo próprio Poder que emanou o ato. É segundo Di Pietro⁶⁸, “o poder de fiscalização e correção que a

⁶⁷ MOTTA, Fabrício. **Direitos Fundamentais e Concurso Público**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. p. 79. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2013.

Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”.

Esse controle tem caráter interno e decorre do poder de Autotutela. A esse respeito, sumulou o Supremo Tribunal Federal⁶⁹:

Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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.

Como se percebe, o controle atinge os atos vinculados e discricionários, visto que incide sobre a legalidade e o mérito. Além disso, não afasta possível controle judicial.

Na seara do concurso público, cabe à Banca Examinadora, como autoridade administrativa, proceder ao controle administrativo. Assim, esta pode ser provocada pelo candidato inscrito no certame através do recurso administrativo.

Diante disso, deve figurar expressamente no edital as condições e os prazos para impugnações dos atos da Banca examinadora por parte dos interessados, para que esta possa proceder ao devido reexame e, se for o caso, sanar a irregularidade.

Apesar dessa previsão, na prática, o que se tem percebido é que o controle administrativo não tem sido suficiente para sanar os erros que acometem as provas de concurso público, visto que a autoridade responsável (Banca Examinadora) simplesmente se nega a reconhecê-los. Diante dessa realidade, o candidato lesado não tem alternativa senão invocar o Poder Judiciário a fim de que este exerça o devido controle.

Não obstante, no Judiciário a parte interessada terá de enfrentar primeiro o dilema que permeia os limites e alcance do controle jurisdicional incidente sobre provas de concurso público. Isso porque, muitos juízes ainda insistem em reproduzir o entendimento jurisprudencial há muito prevalecente nos Tribunais Superiores, segundo o qual não poderia o Judiciário substituir-se a Banca Examinadora, reexaminando critérios de elaboração e correção de provas, em face da discricionariedade administrativa.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 673.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**.

Demonstrando preocupação sobre essa realidade, o professor e Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, Fábio Medina Osório⁷⁰, ressalta a necessidade de uma reflexão por parte da doutrina sobre a correção desse comportamento jurisdicional restritivo, nestes termos:

[...] necessário refletir sobre a correção desse comportamento restritivo, porque uma das funções da doutrina é, precisamente, a crítica à jurisprudência, de tal modo que se possam corrigir os rumos equivocados, construindo-se novos paradigmas jurídicos. A crítica científica é fonte de evolução do Direito construído pelos Tribunais e Legisladores.

Acrescenta o autor que essa postura refletida nas decisões judiciais vem consagrando um caminho perigoso e temerário aos administradores públicos, outorgando-lhes um passaporte que vai da discricionariedade à arbitrariedade administrativa, além de ser um péssimo exemplo de legitimação de comportamentos ilícitos.

Nesse ponto, cabe tecer algumas considerações sobre discricionariedade administrativa, para, posteriormente, tratar especificamente do controle jurisdicional.

3.2.1 Discricionariedade Administrativa

Sabe-se que, em decorrência do princípio da legalidade, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Por isso, depreende-se que para cada ato praticado exista hipótese prevista na lei.

Todavia, dada a constante transformação e amplitude das necessidades sociais, torna-se impraticável por parte do legislador prever todas as ações dos agentes públicos frente ao caso concreto. Daí a lei reservar um campo de liberalidade quanto à conveniência e oportunidade da prática de determinados atos, denominada discricionariedade administrativa.

⁷⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

O saudoso Miguel Seabra Fagundes⁷¹ explica a diferenciação entre atos vinculados e atos discricionários nas seguintes palavras:

Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. A Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei.

Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com o objetivo variável ao seu entender. Nesses casos, a competência é livre ou discricionária.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello⁷² faz a seguinte diferenciação:

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

Nas palavras de Sylvia Zanella Di Pietro⁷³, discricionabilidade é “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Pelo dito, verifica-se que não existe liberdade alguma quanto à prática do ato vinculado, tendo em vista que a lei foi precisa, não podendo haver outro comportamento senão aquele expresso em seu bojo.

⁷¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 92-93.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 422.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

Em contrapartida, no exercício do poder discricionário, a Administração tem a faculdade de decidir dentre duas ou mais possibilidades aquela que se mostra mais conveniente e oportuna ao caso concreto. Essa margem de atuação é denominada pela doutrina de mérito administrativo.

Consoante Alexandre de Moraes⁷⁴:

O mérito do ato administrativo, que somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses legal e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público.

Nesse contexto, a doutrina clássica criou o entendimento de que apenas a Administração pode fazer o controle dos atos discricionários, visto que ao Judiciário não foi conferido o poder de aferir os critérios relacionados à conveniência e a oportunidade reservados ao administrador, ou seja, ao mérito.

Com esse entendimento, destaca-se Diógenes Gasparini⁷⁵:

[...] Qualquer defeito do ato administrativo no que concerne ao mérito será sanado pela própria Administração responsável pela sua prática. Esse saneamento não cabe ao Judiciário. A esse Poder é vedada a apreciação do ato administrativo no que respeita à oportunidade e conveniência, ou seja, ao mérito.

Porém, isso não é de todo verdade, visto que mesmo os aspectos de conveniência e oportunidade possuem limites, como bem salienta DI Pietro⁷⁶:

Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei**. [...] A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Poder Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Ademais, como salienta Alexandre de Moraes⁷⁷:

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 135.

⁷⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 97.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.202.

A revisão judicial da atuação administrativa deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, e evita que esta se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias, pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo.

Vê-se, assim, que o ato discricionário não pode ser praticado ao caso, devendo guardar coerência com a finalidade pública e com os princípios, sob pena de ser considerado arbitrário.

A propósito, esclarecedoras são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁸:

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Analisando os atos da Banca Examinadora, percebe-se a discricionariedade muito presente no momento da elaboração do edital, quando há liberalidade para decidir, dentre outros, sobre o conteúdo das disciplinas e os critérios de avaliação e correção de prova.

Todavia, faz-se importante anotar que os limites legais e morais dessa discricionariedade devem ser pautados nos critérios técnicos e científicos, pois, como salienta Maia e Queiros⁷⁹, “[...] entendimento contrário conduziria à extrapolação dos lindes da discricionariedade da banca examinadora, convolvando-se

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 137.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, p. 424.

⁷⁹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.106.

em arbitrariedade, que é sempre uma conduta desbordante da lei e de seus propósitos finalísticos”.

Nesse sentido, os autores delineiam os limites do poder discricionário das Bancas Examinadoras no que se refere às provas objetivas nos seguintes dizeres:

Entendemos que a discricção, nessa seara, reside, em primeiro lugar, na própria elaboração do edital, por intermédio da delimitação *in genere* do conteúdo programático das provas, da escolha das disciplinas e temas objeto dos exames, da estipulação dos critérios de avaliação das questões e de sua correção, com indicação, quando for o caso, dos respectivos pesos das matérias e métodos para sua adequada ponderação, da definição de parâmetros para a nota de corte, se cabível, e das respectivas fórmulas matemáticas representativas de tal metodologia. Em um segundo lugar, o poder discricionário residiria na delimitação *in concreto* do conteúdo programático previsto no edital na ocasião de confecção das provas. É dizer, a banca examinadora, diante do universo de opções constantes no edital, tem a liberdade de valorar e selecionar os “trechos” das disciplinas, matérias e temas que serão objeto específico de avaliação nas provas. Após tal operação, a banca examinadora se vincula às consequências de sua prévia escolha, visto que as questões formuladas serão avaliadas, a partir de sua aplicação, sob enfoque puramente técnico-científico.

Para exemplificar os limites delineados acima, os autores utilizam a hipótese de um concurso para professor de História, em que a Banca, no exercício do poder discricionário, em um primeiro momento, elabora o edital e fixa como conteúdo programático as disciplinas História, Português, Geografia e Pedagogia, delimitando os temas em História do Brasil, História Geral, Gramática, Geofísica brasileira e Metodologia Científica, bem como estipula os critérios de avaliação e de correção das questões. Num segundo momento, que compreende a confecção da prova objetiva, a Banca decide cobrar questões com ênfase em História do Brasil, Morfologia, Climatologia do Brasil e técnicas básicas de Pedagogia. Daí, concluem que, após aplicação da prova, a Banca terá de vincular-se a critérios técnico-científicos no que se refere às respostas eleitas, de tal sorte que a resposta da proposição “Quem descobriu o Brasil?” não poderá ser outra senão “Pedro Álvares Cabral”, sob pena de anulação administrativa ou judicial.

A esse respeito, vale destacar também as palavras do professor e promotor de justiça Fábio Medina Osório, *in verbis*:

As Bancas Examinadoras, nos concursos públicos, gozam de discricionariedade técnica, é dizer, aquela liberdade de escolha balizada pela Ciência e pela técnica, sobretudo pelas fontes formais do Direito. Devem os examinadores, portanto, formular questões e alternativas corretas, juridicamente razoáveis, de tal sorte que os candidatos possam, em condições isonômicas e dentro da lei, competir livremente, culminando na escolha dos melhores. Esse é o objetivo dos concursos, os quais se desenvolvem balizados pela obediência às normas constitucionais aplicáveis, sempre interdita a arbitrariedade de quem quer que seja.

Pelo exposto, vê-se que a discricionariedade reservada à Banca Examinadora esbarra nos limites técnico-científicos, os quais, quando extrapolados e não sanados administrativamente, dão ensejo ao controle judicial.

3.3 CONTROLE JURISDICIONAL

Modernamente, existem dois sistemas de controle jurisdicional: jurisdição dúplice e jurisdição ordinária. No primeiro, também chamado contencioso-administrativo, o controle dos atos administrativos é feito por Tribunais especializados; já no sistema de jurisdição ordinária ou única, que é o adotado pelo Brasil, os atos administrativos são submetidos à revisão pela jurisdição comum, a mesma encarregada de apreciar os atos dos particulares.

A esse respeito esclarece Paulo Magalhães da Costa Coelho⁸⁰:

Pode-se afirmar que modernamente existem dois grandes sistemas de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Um desses sistemas é denominado *jurisdição ordinária*, no qual os atos da administração pública se submetem à revisão perante o Poder Judiciário em sua quase totalidade. É o denominado sistema de jurisdição única. A jurisdição denomina-se única porque tanto os atos particulares quanto aqueles emanados da administração pública se submetem à jurisdição comum.

Ao lado desse grande sistema, aliás adotado pelo direito brasileiro, há um outro igualmente importante, denominado, em oposição ao primeiro, jurisdição dúplice, como refere Seabra Fagundes. Aqui existirá um controle da administração pública por Tribunais especializados. Nesse sistema mencionado de contencioso-administrativo, a administração pública não se submete à jurisdição comum, destinada a compor as lides privadas, mas sim a Tribunais com competência específica para aferição dos atos administrativos.

⁸⁰ COELHO. Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

O controle jurisdicional decorre da essência do Estado de Direito, de certo que a Constituição Federal de 1988 o traz consubstanciado em seu artigo 5º, XXXV, nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Não obstante, sabe-se que, em respeito ao princípio da inércia de jurisdição, o Poder Judiciário só poderá atuar quando provocado. Assim, a Constituição Federal e algumas leis extravagantes colocam à disposição da coletividade importantes instrumentos de prestação jurisdicional. Como exemplo, tem-se os remédios constitucionais previstos no artigo 5º, da Constituição, a saber: habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

Insta observar que a noção de direito hoje contemplada pelo ordenamento jurídico é ampla. "Por consequência, o âmbito de controle dos atos do Estado ampliou-se da legalidade para juridicidade, a qual inclui a lei e a Constituição Federal com todos os princípios dela resultantes"⁸¹.

Vê-se, assim, que não apenas a lei, mas também os princípios são balizadores da atividade do Estado, os quais devem orientar qualquer atividade Administrativa, seja ela vinculada ou discricionária.

Nesse contexto, lembrando que a Administração pública se vale do concurso público para selecionar aqueles que exercitarão a função constitucionalmente a ela confiada, qual seja a de fazer valer as normas jurídicas em prol do interesse público, passa-se a discutir o alcance e os limites do controle jurisdicional sobre os atos da Banca Examinadora, no tocante a elaboração e correção de questões objetivas.

3.3.1 A Discursividade Jurisprudencial

Da análise da jurisprudência, constata-se que a tese que sustenta a inafastabilidade do controle jurisdicional nas provas de concurso público, por vezes

⁸¹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79.

reproduzida nos Tribunais, tem origem anterior à promulgação da Constituição de 1988, quando do então Tribunal Federal de Recursos, conforme depreende-se do Julgado abaixo⁸²:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - MULTIPLA ESCOLHA - PROVA - OPÇÕES . I - NUMA PROVA DE DIREITO, EM FORMA DE MULTIPLA ESCOLHA, NEM TODOS OS JURISTAS COSTUMAM FICAR DE ACORDO COM AS RESPOSTAS CONSIDERADAS , PELA BANCA EXAMINADORA, COMO CERTAS. ESSA DIVERGÊNCIA, TODAVIA, NÃO AUTORIZA REVISÃO JUDICIAL, EM NOME DA GARANTIA DO JUIZ (C.F., ART. 153, PAR. 4.), DAS OPÇÕES ADOTADAS PELA BANCA. O QUE O JUDICIÁRIO EXAMINA, EM TAL CASO, É SE OCORREU ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PORQUE, SE AS OPÇÕES FORAM EXIGIDAS PARA TODOS OS CANDIDATOS, TODOS FORAM TRATADOS IGUALMENTE. EM CASO ASSIM, NÃO HA QUE SE FALAR EM LESÃO A DIREITO INDIVIDUAL. II - PRECEDENTES DO TFR: EAC 25695 - GB, EAC 30675 - GB E AC N. 40096 - GB, RELATOR MINISTRO JOSE NERI DA SILVEIRA. III - RECURSO DESPROVIDO. (grifos nossos).

Como se percebe, à época, a apreciação pelo Judiciário limitava-se ao exame da legalidade em sentido estrito, sendo descabida qualquer análise referente aos critérios de correção de provas e atribuições de notas.

Com o advento da Constituição de 1988, como já mencionado, tem-se que o alcance da legalidade foi ampliado para o da juridicidade, nos quais se localizam os princípios de Direito. Nessa esteira, a função do Poder Judiciário não é só garantir a ordem, mas também transformar a realidade social, “o que implica estar autorizado, quando provocado no caso concreto, a aplicar os princípios constitucionais para garantir os direitos consagrados aos jurisdicionados, visando cessar desigualdades sociais e a atingir o bem de todos”⁸³.

Apesar desse novo direcionamento dado pela Constituição vigente, observa-se, num primeiro momento, que não houve renovação no posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende das decisões do RE 14024-

⁸² Brasil. Tribunal Federal de Recurso. AMS N.0088699/RJ, Relator: MINISTRO CARLOS MARIO VELLOSO. DJ 18/06/1980. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=25695&&b=TFRC&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acessado em 02 de junho de 2013.

⁸³ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28.

3⁸⁴, Relator Ministro Carlos Velloso, e RE 268.244-6⁸⁵, Relator Ministro Moreira Alves, respectivamente, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO: PROVAS: REVISÃO. I. - **Não cabe ao Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, valorizar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, substituindo-se a esta**, mas verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, apenas, dado que, se as opções adotadas pela banca foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente. II – R.E. não conhecido. (grifos nossos)

EMENTA: - Recurso extraordinário. Concurso público. - Também esta Corte já firmou o entendimento de que **não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas** (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. (grifos nossos)

Em suma, essas decisões denotam que, em respeito ao princípio da separação dos poderes, o controle exercido pelo Poder Judiciário deve se restringir à análise do quesito legalidade, o qual não alçaria critérios relacionados à elaboração e correção de provas, visto que inerentes ao mérito administrativo.

Muito embora haja essa resistência ao controle Judicial, é bem verdade que houve uma evolução no pensamento jurisprudencial, de tal sorte que hoje já se admite a apreciação de questões objetivas cujo conteúdo não tenha sido previsto no edital ou eivadas de vícios materiais evidentes e insofismáveis (*primo ictu oculi*).

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸⁶:

⁸⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 140242, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/1997, DJ 21-11-1997 PP-60598 EMENT VOL-01892-03 PP-00464.

⁸⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 268244, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/05/2000, DJ 30-06-2000 PP-00090 EMENT VOL-01997-19 PP-04131 RTJ VOL-00174-02 PP-00713.

EMENTA: ADMINISTRATIVO – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – **CONCURSO PÚBLICO – CONTROLE JURISDICIONAL – ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA – POSSIBILIDADE – LIMITE – VÍCIO EVIDENTE – PRECEDENTES** – PREVISÃO DA MATÉRIA NO EDITAL DO CERTAME. 1. **É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo ictu oculi.** Precedentes. 2. Existência de litisconsórcio passivo necessário dos candidatos classificados em ordem antecedente à do recorrente, pela possibilidade de alteração na ordem de classificação. 3. Recurso ordinário provido.

Sobre o acórdão em epígrafe, importante destacar ainda o alcance da apreciação, esclarecida no voto da Ilustre Relatora, Ministra Eliana Calmon⁸⁷:

O mero confronto entre as questões da prova e o edital pode ser suficiente para verificar a ocorrência de um defeito grave, considerando como tal não apenas a formulação de questões sobre matéria não contida no edital, mas também a elaboração de questões de múltipla escolha que apresentem mais de uma alternativa correta, ou nenhuma alternativa correta, nas hipóteses em que o edital determina a escolha de uma única proposição correta. (grifos nossos)

Como se percebe, o julgado reconheceu a possibilidade do controle Judicial quando há confronto entre as questões objetivas e o edital, bem como quando figure mais de uma resposta correta entre as alternativas ou nenhuma resposta correta, nas hipóteses em que o edital vinculou o acerto a marcação de uma única resposta. Tais situações configurariam, assim, os vícios materiais evidentes e insofismáveis, perceptíveis *primo ictu oculi*.

Nesses casos, é importante frisar que a exigência de vícios evidentes não impede a assistência do Perito Oficial, mas, sim, a torna necessária, principalmente nos casos em que o conhecimento técnico-científico escapa ao conhecimento do Julgador. A esse respeito, corrobora o artigo 145 do Código de Processo Penal:

⁸⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 24080 MG 2007/0108913-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/06/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 526 RDDP vol. 54 p. 133 RT vol. 865 p. 146.

⁸⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 24080 MG 2007/0108913-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/06/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 526 RDDP vol. 54 p. 133 RT vol. 865 p. 146.

“Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421”.

Nas palavras do Procurador Federal Raphael Vianna de Menezes⁸⁸:

De fato, à míngua de conhecimento técnico do juiz, é obrigatória a produção da prova pericial, conforme se depreende do art. 145 do CPC, não sendo crível admitir o julgamento improcedente do pleito ao argumento de que se mostra impossível aferir, de chofre, a ilegalidade ventilada, sob pena de hialina negativa de prestação jurisdicional, o que, em última análise, malferiria o devido processo legal.

Deveras, é difícil (senão impossível) imaginar um magistrado que anularia determinada questão complexa de matemática, informática, língua estrangeira ou raciocínio lógico sem o auxílio de *expert* de sua confiança.

Demais disso, a avaliação técnica aperfeiçoada por perito nomeado pelo Juízo, à evidência, traria segurança ao julgador no momento do julgamento do feito, porquanto ao experto é auxiliar imparcial da Justiça, não possuindo, assim, interesse na causa.

Despiciendo frisar que, malgrado não esteja adstrito ao laudo pericial (art. 436 do Código de Ritos), a conclusão exarada pelo perito judicial, na prática, auxilia sobremodo o juiz na formação de seu livre convencimento.

Vê-se, assim, a grande importância do Perito Oficial à efetividade do devido processo legal, visto que sua missão é contribuir na formação do livre convencimento do Juiz que, embora não adstrito ao laudo pericial, perpassa pelas conclusões do profissional.

Nessa esteira, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo eminente Ministro Mauro Campbell Marques, que fixou a possibilidade do controle Judicial incidente sobre prova objetiva de Raciocínio Lógico Matemático, com fundamento em perícia oficial⁸⁹:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. QUESTÃO OBJETIVA. **DUPLICIDADE DE RESPOSTAS AFERIDAS**

⁸⁸ MENEZES, Raphael Vianna de. **A prova pericial como instrumento destinado à anulação de questão de concurso público**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42085&seo=1>>. Acesso em: 27 junho 2013.

⁸⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.340.359/GE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 17/12/2012, DJe 19/12/2012.

POR PERÍCIA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela UNIÃO, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fls. 330/338): ADMINISTRATIVO. CONCURSO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA CORREÇÃO DE QUESTÃO DE **PROVA OBJETIVA**. POSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. RACIOCÍNIO LÓGICO. DUPLICIDADE DE RESPOSTAS. PERITO DO JUÍZO. 1. **A jurisprudência pátria, em sua maioria, não é favorável a que o julgador se substitua à comissão julgadora do concurso**, para fins de proceder à correção de provas. **Contudo, este posicionamento se refere particularmente a questões de ordem subjetiva, não podendo ser estendido a casos como o presente, de impugnação a questão objetiva, que exige resposta única.** 2. Havendo duplicidade de respostas, pode o Judiciário se pronunciar acerca da exatidão da resposta fornecida pela Banca Examinadora. 3. **Instado a se pronunciar sobre o assunto** (questão de raciocínio lógico), **o Perito do Juízo**, Professor Titular do Núcleo de Matemática da Universidade Federal do Ceará, ofereceu as seguintes informações: " Sobre a questão de nº 22, vimos que os dados do enunciado não são suficientes para que a resposta seja unicamente determinada. Exibimos abaixo duas soluções que satisfazem às condições do enunciado, uma com resposta 14 e outra com resposta 11". 4. **Em face da duplicidade de respostas, apontada pelo Perito do Juízo, a manutenção da anulação da questão de nº. 22 é medida que se impõe.** 5. Apelação e Remessa Oficial não providas. (grifos nossos)

Nesse sentido, reitera a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação do Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.340.359 – CE⁹⁰, interposto pela União:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. QUESTÃO OBJETIVA. **DUPLICIDADE DE RESPOSTAS AFERIDAS POR PERÍCIA**. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS UTILIZADOS NA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. A decisão agravada utilizou os seguintes fundamentos para negar seguimento ao recurso especial, quais sejam: (a) incidência da Súmula 284/STF,

⁹⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.340.359/GE, Segunda Turma, Relator. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 26/02/2013.

por aplicação analógica, a afastar a ocorrência de violação dos arts. 458 e 535, ambos do CPC; (b) a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não é necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público; (c) **o Poder Judiciário pode, excepcionalmente, examinar matéria relativa a questões de concurso público, quando verificado desrespeito ao princípio da legalidade ou às regras do edital do certame, como no presente caso, em que se verificou, por meio de perícia,** a duplicidade de respostas; e, (d) a insurgência pela alínea "c" não observou o regramento dos artigos 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 2. Não obstante, conforme já relatado, nas razões do agravo regimental a parte ora agravante não impugnou estes fundamentos supracitados - tendo o feito somente em relação ao "c" supra -, sendo certo que a sua não impugnação obsta o conhecimento do presente agravo regimental em face da incidência da Súmula 182/STJ. 3. Agravo regimental não conhecido.(grifos nossos)

Desse modo, constata-se que a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça inclina-se à possibilidade do controle das questões objetivas, seja para constatar a pertinência do conteúdo exigido no edital, seja para analisar a ausência de resposta ou sua duplicidade, configurando os erros evidentes, utilizando-se, quando for o caso, da importante assistência do Perito Oficial.

Nesse mesmo sentido, importante trazer à baila o recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a ocorrência de “erro grosseiro” em sede de Mandado de Segurança 30.859/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux⁹¹:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. DEMONSTRAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO E AOS DEMAIS CANDIDATOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA OBSERVADO. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO COMPROVADOS. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DAS QUESTÕES EM DECORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO DE CONTEÚDO NO GABARITO OFICIAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. 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

⁹¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 30859, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 23-10-2012 PUBLIC 24-10-2012.

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. [...]. 4. Segurança concedida, em parte, tornando-se definitivos os efeitos das liminares deferidas.

Ainda sobre o MS em análise, importantes são as colocações do Ministro Dias Toffoli⁹²:

[...] na hipótese aqui em discussão, conforme bem ressaltado pelo ilustre Ministro Marco Aurélio, **trata-se de patente erro crasso.** Confrontada com tal situação, a banca examinadora preferiu omitir-se, deixando de reconhecer a falha que – repita-se – salta aos olhos. **Fechar os olhos a tal situação implica consagrar-se rematada injustiça,** ressaltando-se que todos os membros desta Primeira Turma reconheceram a realidade do equívoco constante do gabarito apresentado pela comissão do concurso. Insta acrescentar, ainda, que, no que tange à impugnação ofertada à questão de nº 78, ao rejeitá-la, a comissão do concurso se limitou a aduzir que “a assertiva correta é a ‘a’”, sem qualquer justificativa para tal inconsistente – para dizer o mínimo – conclusão, que convalida uma resposta que aduz que o mútuo implica obrigação de restituir coisa certa, em direta e flagrante inobservância à definição legal do instituto, constante do art. 586 do vigente Código Civil brasileiro. Entendo, destarte, que **essa lamentável situação,** retratada nestes Voto Vista autos, **caracteriza a violação de direito líquido e certo do impetrante que pode e deve ser amparada por meio da presente impetração,** sem que se perquiria qual a situação dos demais candidatos que não se insurgiram contra o resultado das impugnações às questões do certame. Assim, sem me comprometer com a tese de que sempre seria possível a ingerência judicial na análise dos gabaritos oferecidos por bancas examinadoras de concursos públicos, mas **entendendo que cada caso submetido à apreciação judicial deve ser enfrentado segundo suas peculiaridades, acompanho o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, para também conceder a pretendida segurança, convalidando, destarte, a medida liminar deferida.**

Depreende-se, assim, das palavras do Ministro Dias Toffoli, que a Banca Examinadora agiu com injustiça ao não anular a questão acometida de “erro crasso”,

⁹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 30859, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 23-10-2012 PUBLIC 24-10-2012.

sendo flagrante a violação ao direito líquido e certo, sendo cabível a concessão da Segurança em favor do impetrante.

Ademais, insta observar que essa nova tendência jurisprudencial não significa substituir a vontade do Administrador pela do Judiciário, mas adequá-la aos preceitos legais próprios do Estado do Direito.

Conforme salientam Maia e Queiros⁹³:

[...] Não se trata, neste caso, de substituição dos critérios da Administração pelos do Poder Judiciário, mas de conformação da conduta da banca examinadora aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da eficiência, bem como aos parâmetros delineados pela técnica e pelos estudos científicos consagrados quando da realização e aplicação das provas objetivas.

Apesar disso, não são raros os casos em que magistrados têm se negado ao controle jurisdicional das provas objetivas de concurso público, limitando-se a reproduzir o argumento, como salientado, já flexibilizado pelos Tribunais Superiores, segundo o qual “não cabe ao Poder Judiciário apreciar critérios de elaboração e correção de provas”, conforme se verifica nas decisões exaradas da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁹⁴ e Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁹⁵, respectivamente:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES. MÉRITO ADMINISTRATIVO. I. Ao Poder Judiciário cabe averiguar, quando provocado, acerca da ocorrência de eventuais ilegalidades na realização de concursos públicos realizados. II. Não merece prosperar, no caso, o pedido de anulação da questão de nº 22, sob a alegação de que a resposta correta não se encontra prevista entre as alternativas apresentadas, bem como da questão de n 23, sob o fundamento de que a matéria veiculada não está prevista no edital do concurso, porque, em princípio, **não cabe ao Judiciário entrar na análise do conteúdo das questões, substituindo a Banca Examinadora**. III. Apelação e agravo retido improvidos. (grifos nossos).

⁹³ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O Regime Jurídico do Concurso público e o seu Controle Jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198.

⁹⁴ Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSO: 200984000107780, AC519652/RN, Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, Julgamento: 10/05/2011, Publicação: DJE 12/05/2011 - Página 793.

⁹⁵ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 5030521-11.2012.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 08/11/2012.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO DE CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. **O Egrégio Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não cabe ao Judiciário o exame de questões de provas, tais como de concursos públicos, e dos critérios utilizados pelas bancas examinadoras na elaboração e correção das mesmas.** 2. Provimento da apelação e da remessa oficial. (grifos nossos).

No que pese alguma resistência nos Tribunais inferiores, não resta dúvida que o controle Judicial sobre provas objetivas de concurso público é possível, conforme corroboram os julgados analisados alhures. Nesse contexto, a doutrina vem procurando arrolar as possibilidades ensejadoras desse controle, o que se passa a expor.

3.3.2 Hipóteses de Cabimento do Controle Jurisdicional arroladas pela Doutrina

As hipóteses de cabimento do controle Judicial arroladas pela doutrina têm como fundamento, além do princípio da legalidade, outros importantes como o da moralidade, razoabilidade, eficiência, norteadores que são de toda atividade administrativa.

Com efeito, a Banca Examinadora não pode se furtar aos preceitos normativos que envolvem o certame público, de certo que o Judiciário poderá ser invocado para apreciar os seus atos, resolvendo as arbitrariedades porventura cometidas, em respeito aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do livre acesso à justiça.

A propósito, como mencionado, o Estado Democrático de Direito demanda um Judiciário garantidor da ordem, mas, sobretudo, transformador da realidade social, o que implica, no caso concreto, analisar as leis e os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, garantindo a efetividade do devido processo legal.

É nesse sentido que o Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul e professor Fábio Osório Medina menciona a importância da jurisprudência reconhecer a Ciência Jurídica e as fontes formais do Direito como os limites técnicos aos administradores que elaboram e corrigem prova em concursos públicos, pois afastar-

se disso, seria contrariar o princípio constitucional de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos⁹⁶:

Por esse princípio, que se interpreta à luz da razoabilidade, uma Banca Examinadora não poderia, num concurso público dominado pela legalidade, igualdade, eficiência e impessoalidade administrativas, adotar qualquer dos seguintes procedimentos ilícitos:

- (a) eleger como correta uma alternativa incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes;
- (b) exigir que se assinale a alternativa correta, quando não existem alternativas corretas e não há uma alternativa indicando que todas as demais estão incorretas;
- (c) exigir que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas, gerando, com essa espécie de comportamento administrativo, perplexidade nos candidatos;
- (d) propor uma questão/resposta ambígua, que deixe no espírito do candidato fundadas e razoáveis dúvidas quanto ao seu alcance e precisão, gerando perplexidade que dificulte a eleição da alternativa correta, ante a possibilidade razoável de que não esteja correta a alternativa ou que haja outra alternativa igualmente correta na mesma questão.

Nessa esteira, considerando o resultado do concurso público como ato administrativo vinculado, o Juiz Lenoar Bandine Madalena⁹⁷ aponta três situações plenamente passivas do controle jurisdicional, a saber: 1) Questão com resposta incorreta; 2) Questão com mais de uma resposta correta; 3) Questão em desacordo com o edital.

Por sua vez, o Defensor Público Federal Luiz Henrique Miguel Pavan⁹⁸ faz uma combinação das situações apresentadas acima, apresentando as seguintes possibilidades: a) Adoção de alternativa incorreta como correta ou inexistência de alternativa verdadeira; b) Questão com duas assertivas corretas; c) A banca examinadora formula questão manifestamente ambígua; d) questão em desacordo com as matérias veiculadas no edital.

⁹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, abril/maio/junho de 2010, p. 7. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2013

⁹⁷ MADALENA, Lenoar Bendini. **Controle jurisdicional nos concursos públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6560>>. Acesso em: 23 abril de 2013.

⁹⁸ PAVAN. Luiz Henrique Miguel. **O Controle Jurisdicional das provas do Concurso Público**. Revista de Defensoria Pública da União. Brasília. ano 2, jul./dez.2009. p. 33-67. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/escola_superior/arquivos/PDF/revista_02.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

No primeiro caso (adoção de alternativa incorreta como correta ou inexistência de alternativa verdadeira), é evidente o desrespeito ao princípio da legalidade, uma vez que não é dada ao examinador a possibilidade de inventar uma resposta sem respaldo técnico-científico, muito menos deixar de indicar a resposta correta entre as alternativas.

Aceitar tais possibilidades seria burlar a finalidade do certame de selecionar os candidatos mais aptos ao ingresso no serviço público, já que candidatos despreparados poderiam ser contemplados pelo vício. Além disso, o ato também seria imoral, contrário à lealdade e boa fé.

Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras de Madalena⁹⁹:

[...] o Poder Judiciário não só pode, como deve entrar no mérito de questão de concurso público, a fim de averiguar-se se a resposta divulgada pela comissão está ou não correta, nomeando-se, caso necessário, perito para tal tarefa, na forma dos artigos 420 e seguintes do Código de Processo Civil.

Em agindo assim, o Judiciário não estará intervindo no mérito do ato administrativo, isto é, na sua conveniência e oportunidade, como pode parecer, pois isto não se trata de ato discricionário, mas, sim, vinculado.

Vê-se, assim, que os atos de corrigir e atribuir notas de provas objetivas são vinculados aos critérios estabelecidos no edital, pois, elaborado o quesito, resta ao examinador a obrigação de oferecer entre as alternativas aquela que satisfaz a sentença. Desta feita, não atendido esse preceito, poderá o Judiciário vir a apreciar o mérito da questão.

Desse modo, tem-se que os argumentos de violação ao mérito administrativo não prosperam e que consentir com essa visão é contribuir com comportamentos arbitrários, imorais e, portanto, ilegais.

Vale salientar que não se está aqui questionando a característica do poder concedido à Banca, mas os limites de sua atuação frente às normas jurídicas, para que restem garantidos princípios como o da isonomia, moralidade e eficiência. Até mesmo porque até o poder discricionário esbarra nos ditames legais.

Ademais, conforme leciona Osório¹⁰⁰:

⁹⁹ MADALENA, Lenoar Bendini. **Controle jurisdicional nos concursos públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 637, 6 abr. 2005, p.6. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6560>>. Acesso em: 23 abril de 2013.

Não se argumente que a intervenção judicial abalaria o princípio da igualdade, sob o pretexto de que não seria exclusivamente a Banca que estaria a corrigir provas, quebrando uniformidade de critérios com a introdução dos parâmetros e valorações do Judiciário em detrimento daqueles consagrados pelas autoridades administrativas. A Banca tem o poder primário de elaborar e corrigir provas, estipulando, discricionariamente, seus critérios. Cremos que ninguém ousaria discutir essa assertiva. **O que não se admite é a possibilidade de a Banca efetuar qualquer espécie de correção, inclusive arbitrária, ao abrigo da ideia absolutista e ultrapassada da imunidade aos controles externos, da mesma forma como seria intolerável que a Banca formulasse perguntas sobre matérias não previstas no Edital do concurso.** Inexistem imunidade às Bancas examinadoras, porque, como toda e qualquer outra autoridade administrativa, a Banca examinadora está submetida ao império da Lei e do Direito, é dizer, seus atos traduzem decisões jurídicas, não de pura força bruta. Autoridade não se confunde com autoritarismo. (grifos nossos)

Com efeito, os atos da Banca são passíveis ao controle Judicial e isso não significa quebra de isonomia, porquanto acrescenta o autor¹⁰¹:

[..] a isonomia está garantida no direito de ação e de petição aos órgãos públicos. Quem busca a tutela do Judiciário assume determinados encargos, mas também pode beneficiar-se de decisões favoráveis. Quem fica inerte não pode pleitear a inércia dos demais em homenagem à isonomia, parece lógica essa linha argumentativa.

Sem embargos, qualquer candidato que se ache lesado tem o direito de exercer o seu direito de ação, invocando o Judiciário a se posicionar sobre a lide, e isso é isonomia.

No tocante a segunda possibilidade (Questão com duas assertivas corretas), tem-se também vício de legalidade, pois não pode o examinador contrariar o enunciado da questão quando esta é taxativa em mencionar que existe apenas uma

¹⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, abril/maio/junho de 2010, p. 10. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

¹⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, abril/maio/junho de 2010, p. 11. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

única resposta correta. Além de que, a presença de duas alternativas prejudica o desempenho do candidato, gerando dúvida e ansiedade na hora da marcação.

Nesse sentido é o posicionamento do administrativista Carvalho Filho¹⁰², senão vejamos: "[...] se o interessado comprova que há mais de uma alternativa correta, a questão é de legalidade, e o Judiciário deve anular a questão, atribuindo ao candidato os pontos que ele perdeu em relação a ela".

Entram nessa análise os casos de enunciados que contemplem entre as alternativas questões divergentes, que suportem mais de uma resposta do ponto de vista doutrinário ou jurisprudencial. Analisando esse caso, o Juiz de Direito Lenoar Bendini Madalena¹⁰³ apresenta a seguinte solução:

Para tal solução, deve-se utilizar da verdade relativa, isto é, verossímil, facilmente encontrada por meio do Princípio da Razoabilidade. Quando numa questão houver dissidência, **a comissão deve aceitar como resposta (correta/verdadeira) todas aquelas que forem razoáveis e verossímeis, pois, do contrário, se estaria prejudicando o candidato que optou por uma das correntes também aceitáveis.**

Se porventura a comissão não contemplar todas as teses verossímeis/razoáveis e negar, posteriormente, o recurso administrativo do candidato prejudicado, tem este a possibilidade de invocar a tutela jurisdicional para que, com base no princípio da razoabilidade, o Poder Judiciário anule toda a questão ou reconheça como verdadeiras todas as teses, desde que razoáveis e verossímeis.

É evidente que tal tarefa não é fácil, mas o Judiciário não pode curva-se diante de lesão ou ameaça de direito. Essa razoabilidade e verossimilhança, naturalmente, demandam análise diante de um caso concreto, todavia, não se pode deixar de reconhecê-las quando a tese estiver amparada em um número aceitável de adeptos. Por outro lado, quando ela mostrar-se totalmente desarrazoada, sem qualquer fundamento nas ciências, deverá ser imediatamente descartada. (grifos nossos)

Como se percebe, o princípio da razoabilidade incide como parâmetro na análise da resposta correta, devendo ser considerado pelo examinador, bem como pelo Judiciário nos casos levados a sua apreciação.

¹⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, p. 598.

¹⁰³ MADALENA, Lenoar Bendini. **Controle jurisdicional nos concursos públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 637, 6 abr. 2005, p.7. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6560>>. Acesso em: 23 abril de 2013.

Para evitar esse tipo de conflito, é recomendável que a Banca Examinadora traga expresso no Edital a corrente que pretende seguir, delimitando o espaço de pesquisa do candidato e contribuindo com a igualdade no processo concorrencial.

No terceiro caso (Banca Examinadora formula questão manifestamente ambígua), tem-se que a ambiguidade presente na resposta também contraria o princípio da legalidade, embora envolva o processo de interpretação por parte de candidato.

A esse respeito, esclarecedoras são as palavras do professor Osório¹⁰⁴:

Pode ocorrer que a Banca venha a formular questões/respostas confusas, intoleravelmente ambíguas, recheadas de expressões ambivalentes, equívocas, duvidosas, seja pelo contexto em que inseridas, seja por desacertos semânticos. Aqui, o problema é de interpretação da questão/pergunta, mas não se pode olvidar do fato de que tanto os questionamentos quanto as respostas propostas devem revestir-se de suficientes clareza e precisão, sem deixar margens intoleráveis a dúbias interpretações ou razoáveis perplexidades e incertezas quanto ao alcance e sentido que lhes caracterizam.

Como se vê, na elaboração das questões objetivas tanto o enunciado como a alternativa correta devem ser precisas, elaboradas segundo as normas semânticas e gramaticais da língua portuguesa. Dessa forma, não haverá espaço para o acaso, de tal sorte que aqueles que dominem o conteúdo programático terão condição isonômica de acertar o quesito. Afinal, a finalidade do concurso público é selecionar os mais preparados, não contemplar aqueles que tiveram sorte na marcação das alternativas.

No último caso (questões em desacordo com as matérias veiculadas no Edital), constata-se a violação direta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade. Além disso, princípios como o da moralidade e boa-fé também são violados.

Como visto, o edital é a lei do concurso público, por isso vincula tanto a administração quanto os administrados. A fixação dos conteúdos programáticos no

¹⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discrecionalidade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, abril/maio/junho de 2010, p. 12. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

Edital define limites para as disciplinas e torna-se de observação obrigatória, vinculando os atos da Banca Examinadora, quando da elaboração das questões do certame.

Nesse diapasão, conclui-se que, comprovada a não observância do conteúdo editalício por parte da Banca Examinadora, é possível a anulação de toda questão via Judicial, bastando para isso que o magistrado conceda uma análise comparativa da questão com o conteúdo programático.

Nesse sentido, corrobora o Juiz de Direito Madalena¹⁰⁵:

É justamente por isso que, em havendo indagações sobre matérias não contempladas no edital, anula-se toda a questão. Antes disso, contudo, compete ao judiciário analisar comparativamente a essência da questão com o conteúdo programático previsto no edital.

Nessa linha, a jurisprudência tem se mostrado mais categórica, conforme se observa na decisão abaixo¹⁰⁶:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÃO, NA PROVA OBJETIVA, SOBRE **MATÉRIA NÃO INSERIDA NO EDITAL**. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRECEDENTES. 1. No que refere à possibilidade de anulação de questões de provas de concursos públicos, firmou-se na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pela sua análise. 2. Excepcionalmente, contudo, **em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, por ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade**. 3. Hipótese dos autos que se insere nessa situação excepcional, pois contempla caso de flagrante divergência entre a formulação contida em determinada questão da prova objetiva e o programa de disciplinas previsto no instrumento convocatório. 4. Recurso especial conhecido, mas improvido. (grifos nossos)

¹⁰⁵ MADALENA, Lenoar Bendini. **Controle jurisdicional nos concursos públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 637, 6 abr. 2005, p.7. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6560>>. Acesso em: 23 abril de 2013.

¹⁰⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 935222/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2008.

Aqui, cabe chamar atenção para os casos em que as matérias sofram alterações legislativas posteriores à publicação do Edital, pois o entendimento é que elas podem ser cobradas, desde que guardem pertinência com o conteúdo contemplado no edital.

A esse respeito, segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁷:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. INOCORRÊNCIA. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. **O fato de a Emenda à Constituição que prevê a reforma do Poder Judiciário ter entrada em vigor após a publicação de edital não inviabiliza a formulação de questões a seu respeito, tendo em vista que o seu conteúdo apresenta pertinência com aquele previsto no edital.** 2. A formulação de questões de prova de concurso as quais contemplem o conteúdo programático previsto no edital não configura afronta aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. 3. Consoante já manifestou este Tribunal, em termos de interpretação das normas editalícias de concurso público, a competência do Poder Judiciário limita-se ao exame do princípio da vinculação ao edital. Cabe ao administrador o poder-dever de se valer da discricionariedade na escolha do conteúdo das questões, desde que se restrinja ao conteúdo previsto no edital. Não há, em consequência, direito líquido e certo a amparar as recorrentes. Recurso ordinário desprovido. (grifos nossos)

Vê-se, assim, que, quando a questão objetiva trazida pela prova de concurso público não guardar pertinência com o conteúdo estabelecido no edital, estar-se-á diante de uma afronta ao instrumento editalício, o que enseja o controle de legalidade pelo Judiciário. Nesse sentido, a jurisprudência mostra-se categórica em, constatando a irregularidade, decidir pela anulação da questão.

Pelo exposto, conclui-se que as hipóteses analisadas extrapolam o limite discricionário reservado à Banca Examinadora, o que acarreta violação ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, possibilidade de controle judicial.

Ademais, anota-se a relevância do tema em apreço, o qual foi reconhecido como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso

¹⁰⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21.650/ES. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 02 de outubro de 2006.

Extraordinário 632.853/CE ¹⁰⁸, que trata exatamente sobre a possibilidade do Judiciário examinar questões objetivas de concursos públicos:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE QUESTÕES E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVAS.

A questão referente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concurso público possui relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Repercussão geral reconhecida. (grifos nossos)

Aguarda-se, portanto, a decisão futura do Supremo Tribunal Federal, a qual, sem dúvida, servirá de baliza para uniformizar o entendimento jurisprudencial.

¹⁰⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 632853 RG, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012 PUBLIC 02-03-2012.

CONCLUSÃO

Como constatado, o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos sempre esteve presente nas Constituições brasileiras, muito embora, o instrumento concurso público tenha a sua origem legal na Constituição de 1934.

Na Constituição de 1988, a obrigatoriedade do concurso público encontra-se expressa no inciso II, do artigo 37, e abrange a Administração Direta e Indireta dos três poderes do Estado. A própria Constituição também traz as exceções ao concurso público, como as mencionadas nomeações de membros para compor os Tribunais Superiores e a contratação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em face do atual modelo de Estado de Direito, no qual vigora o império das leis na busca do interesse público, à Administração Pública só é permitido atuar no estrito cumprimento da lei, seja no exercício do poder vinculado ou discricionário. Sendo bem verdade que, quanto a este último, a lei autoriza certa liberdade no que diz respeito à conveniência e oportunidade de praticar o ato.

Nesse ínterim, surge a importância do controle recíproco entre os poderes, cabendo ao Legislativo e Judiciário fiscalizarem os atos administrativos, assim como a própria Administração Pública, através da autotutela e tutela administrativas.

Diante disso, não resta dúvida da sujeição dos atos administrativos ao controle Judicial. A propósito, a Constituição traz expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, assim consubstanciado no inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não obstante, o que ainda suscita controvérsias é o limite de atuação do Poder Judiciário sobre o ato discricionário, no qual se insere o objeto desse trabalho (provas objetivas), tendo em vista o princípio da separação dos poderes, o que importa em decisões conflitantes nos tribunais pátrios.

Mas, como salientado, a discricionariedade conferida à Banca Examinadora para delimitar o conteúdo programático, elaborar os quesitos e consequentes respostas é limitada pela ciência e pela técnica. Disso, tem-se que tanto os quesitos como as respostas das provas objetivas devem guardar pertinência com o conteúdo expresso no edital, bem como com as normas técnico-científicas.

É bem verdade que nenhum ser humano está imune a falhas, inclusive o corpo técnico da Banca Examinadora. Por isso, o edital prevê o recurso administrativo, dando oportunidade aos candidatos de questionarem os erros cometidos, para que a Banca possa proceder com o efetivo controle dos seus atos, anulando, assim, as questões que não atendam aos limites mencionados alhures.

Porém, não sendo o erro sanado pela Banca Examinadora, quando da oportunidade de fazê-lo, não resta dúvida da possibilidade do controle das questões objetivas do concurso público pelo Poder Judiciário, desde que constatado o erro material evidente. Para isso, basta que o candidato venha a acioná-lo. Entender o contrário seria legitimar ato arbitrário e, portanto, ilegal. É esse o entendimento jurisprudencial, que vem se consagrando nos Tribunais Superiores, conforme analisando exaustivamente.

Ademais, vale destacar que o controle pode ser buscado, inclusive, por meio do Mandado de Segurança, segundo confirmou o Supremo Tribunal Federal na decisão do nº MS 30.859/DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, datada de 28 de agosto de 2012.

Vê-se, assim, que diante da resistência de alguns magistrados, inclusive no âmbito do mesmo Tribunal, o tema carece de uma uniformização do entendimento jurisprudencial, o que proporcionará a segurança jurídica dos julgados.

Superada a constatação da possibilidade do controle Jurisdicional das provas objetivas do concurso público, reconhece-se, contudo, que a intervenção Judicial, embora necessária, não se mostra o meio mais isonômico de se buscar a correção do arbítrio da Banca Examinadora. Isso porque, diante das dificuldades de acesso efetivo da população ao Poder Judiciário, os mais abastados acabam por serem os mais beneficiados.

Diante disso, vê-se que o tema não se esgota por aqui, permitindo novas reflexões no sentido de se buscar a eliminação do arbítrio das Bancas Examinadoras, a exemplo da criação de uma norma regulamentadora que preveja limites e responsabilidades aos Examinadores ou, quem sabe, até mesmo a criação de uma Promotoria do Ministério Público responsável pela fiscalização dos concursos públicos.

REFERENCIAS

Brasil. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

Brasil. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Senado, 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

Brasil. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Senado, 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

Brasil. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Brasília: Senado, 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 24080 MG 2007/0108913-1, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 18/06/2007, T2 - segunda turma, data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 526 RDDP vol. 54 p. 133 RT vol. 865 p. 146. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 de maio 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.340.359/CE, Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 17/12/2012, DJe 19/12/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.340.359/CE, Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 26/02/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21.650/ES. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, 02 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 de maio de. 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 935222/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 18/12/2007, T6 - Sexta Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de maio de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 140242, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 14/04/1997, DJ 21-11-1997 PP-60598 EMENT VOL-01892-03 PP-00464. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 268244, Relator (a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 09/05/2000, DJ 30-06-2000 PP-00090 EMENT VOL-01997-19 PP-04131 RTJ VOL-00174-02 PP-00713. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 632853 RG, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 06/10/2011, Acórdão Eletrônico DJe-044, divulgado 01-03-2012, Publicado 02-03-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 630603, Relator (a): Min. Ayres Britto, julgado em 13/03/2012, publicado em DJe-070, divulgado em 10/04/2012, publicado 11/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 30859, Relator (a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, processo eletrônico DJe-209, divulgado 23-10-2012, Publicado 24-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Brasil. Tribunal Federal de Recurso. AMS N.0088699/RJ, Relator: Ministro Carlos Mario Velloso. DJ 18/06/1980. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=25695&&b=TFRC&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acessado em 02 de junho de 2013. Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 5030521-11.2012.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 08/11/2012. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acessado em: 10 de maio de 2013.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: 200984000107780, AC519652/RN, Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, Julgamento: 10/05/2011, Publicação: DJE 12/05/2011 - Página 793. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acessado em: 10 de maio de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2008.

COELHO. Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. **Princípio da Isonomia e Concursos Públicos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, abril/mai/junho, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LYRA JÚNIOR, Richard Paes; SILVA, Fábio Marcio Piló. **Da legitimidade do Poder Judiciário para anular quesitos de certames públicos eivados de vícios evidentes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3140, 5 fev. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21015>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.

MADALENA, Lenoar Bendini. **Controle jurisdicional nos concursos públicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6560>>. Acesso em: 23 abril de 2013.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3 ed. Salvador: Podivm. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELO, Olivia Braz Vieira de. **O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário à luz do princípio da juridicidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1179, 23 set. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8955>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

MENEZES, Raphael Vianna de. **A prova pericial como instrumento destinado à anulação de questão de concurso público**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 13 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42085&seo=1>>. Acesso em: 27 junho 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Fabrício. **Direitos Fundamentais e Concurso Público**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. p. 68-85. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. **Controle Judiciário dos Concursos Públicos**. São Paulo: Método, 2007, p.26.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7258>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

PAVAN, Luiz Henrique Miguel. **O Controle Jurisdicional das provas do Concurso Público**. Revista de Defensoria Pública da União. Brasília. ano 2, jul./dez.2009. p. 33-67. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/escola_superior/arquivos/PDF/revista_02.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2013.