

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS

O controle judicial da atuação administrativa não mais se esgota no âmbito da legalidade, abrangendo também o exame da constitucionalidade, isto é, além de verificar a conformidade do ato administrativo com a lei, o juiz há de decidir também sobre a compatibilidade do ato impugnado com a princiologia constitucional².

O controle judicial da legalidade dos atos do procedimento do concurso público, como por exemplo, dos atos de correção de exames - seja da avaliação das respostas, seja da atribuição de notas, é matéria pacífica que não suscita maiores problemas no âmbito do Poder Judiciário. Se a Banca examinadora, no ato de correção das provas, afasta-se da lei e dos regulamentos, aos quais as instituições se vinculam ou dos editais, leis internas de certames vinculativas do Poder Público, cabe ao Judiciário invalidar, conforme o caso, os atos do procedimento de correção, a nota resultante deste procedimento ou até, nos casos mais extremos, todo o processo seletivo.

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

Observa-se que, em muitas ocasiões, para saber se há ou não vício de inconstitucionalidade, é preciso examinar o acerto tanto das perguntas, quanto

² O controle jurisdicional dos atos administrativos não se esgota no exame de legalidade, alargando-se para o controle de juridicidade. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que a sua produção observe - não contrarie os princípios gerais de Direito, previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição. V. "Controle Jurisdicional da Administração Pública", *Dialética*, pp. 1925.

das respostas dos quesitos considerados corretos pela Comissão Examinadora. Isso pode ser feito sem prejuízo do direito dos demais concorrentes em concursos públicos, e precisamente para prevenir lesão aos direitos dos competidores que, nas ações judiciais com esse conteúdo, os Tribunais Brasileiros têm considerado indispensável ao processamento da causa a citação de todos os candidatos do concurso, o que viabiliza a restauração de equilíbrio que possa ser eventualmente comprometido³.

A constitucionalização dos princípios gerais alargou o espectro de sindicabilidade judicial dos atos administrativos. Aplicam-se, por isso, aos atos do procedimento do concurso público tanto os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais da Administração Pública, quanto princípios e regras específicos disciplinadores deste assunto.

Entre os princípios constitucionais, assoma como megaprincípio orientador e estrela guia dos concursos públicos o princípio da igualdade, previsto, genericamente, no artigo 5º - inciso I e projetado, especificamente, no inciso I do artigo 37 da Constituição Federal de 1988⁴.

Ao prover seus cargos e empregos por meio de concurso público, a Administração Pública assegura iguais oportunidades a todos aqueles que pretendam ingressar no serviço público, concretizando desta maneira, o princípio da isonomia.

Para além do princípio da isonomia, os princípios constitucionais da Administração Pública – legalidade, publicidade, impessoalidade moralidade e eficiência são aplicáveis ao procedimento do concurso público.

O princípio constitucional da legalidade, já se destacou, é de importância incontestável, sobretudo porque vigora em termos de concurso público, a vinculação ao edital, o que propicia o controle da legalidade dos atos do procedimento, a qual vem sendo, pacificamente, objeto de controle pelo Poder Judiciário.

³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp 34805-RJ que ~ segundo o princípio maior da igualdade que rege o concurso, a anulação das questões (pedido da ação ordinária) não pode se dar apenas para os recorridos. Em sendo atendido, dever[ia] haver uma alteração na classificação geral, pois todos os concursados 'aproveitam' a anulação, inclusive aqueles já empossados. Necessidade de litisconsórcio. Violação ao art. 47 CPC.~ (IN DJ de 18.11.96). Em igual sentido v. Resp 85.898-PI e Resp 80037-SP. No Resp 20.468-Ce, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, deliberou o STJ que "em processo onde se visa anular questões de concurso público, é mister a citação dos outros candidatos do certame, como litisconsortes passivos necessários, sob pena de nulidade." (IN DJ de 06.09.99, p. 147)

⁴ Segundo o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos e empregos públicos, previsto no inciso I do artigo 37 da Constituição, "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei".

A publicidade dos atos do procedimento também há de ser observada. Por força do princípio da publicidade, não se admitem exames sigilosos; as provas orais devem ser abertas ao público; os julgamentos (correções) não podem ser secretos, deles sendo assegurada a ciência aos candidatos, assim como o acesso às provas.

O princípio constitucional da impessoalidade, seja entendido como igualdade, neutralidade, finalidade ou proporcionalidade⁵, é de observância obrigatória nos concursos públicos, nos quais não se admitem favoritismos ou perseguições, sob pena de desvio da finalidade para a qual se abrem os processos seletivos de pessoal para o serviço público.

Quer sob a dimensão da boa-fé, quer sob a dimensão da probidade, quer sob dimensão da razoabilidade, o princípio da moralidade administrativa é inafastável dos concursos públicos.

De igual modo, aplicáveis aos concursos públicos os princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade, da ampla defesa e da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos⁶.

Os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, por exemplo, impõem que as perguntas sejam formuladas de modo inteligível, de maneira que o candidato possa compreender com clareza o que se pretende saber com a indagação; inequívoco, de forma a não ensejar dúvidas, e congruente, sem conter contradições intrínsecas. Os quesitos redigidos de modo ininteligível, equívoco (dúbio) ou incongruente (contraditório) ensejam sua anulação para todos os candidatos. A anulação de quesitos igualmente para todos os candidatos não importa qualquer desequilíbrio na competição.

É nula, por força do princípio da ampla defesa, a cláusula editalícia que não admite a revisão administrativa das provas.

⁵ O princípio da impessoalidade, denominado de princípio da imparcialidade, evoluiu na doutrina européia, da concepção subjetiva do dever de neutralidade dos funcionários públicos, de independência da Administração Pública e de garantia na persecução do interesse público definido pela lei, perpassando pela idéia de igualdade, para uma concepção objetiva, compreendida como a obrigação da Administração Pública de proceder a uma adequada ponderação e comparação valorativa de todos os interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, sejam públicos ou privados, que possam ser afetados pela atividade administrativa". Mais sobre o conteúdo jurídico do princípio da impessoalidade, conferir na obra "Controle Jurisdicional da Administração Pública", Dialéctica, 1999, pp. 109-111.)

⁶ A esse propósito consultar o artigo "Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos, IN "Interesse Público", v. 8, SP, Notadez, 2000, pp. 44-52.

2.2. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS

O Capítulo VII da Constituição Federal que disciplina a Administração Pública, em suas disposições gerais (Seção I) elenca no artigo 37 – incisos I a IV os princípios constitucionais específicos aplicáveis aos concursos públicos.

No inciso I do artigo 37 veicula o princípio, de índole material, de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei.

Trata-se de projeção do princípio constitucional da igualdade. Os requisitos para acesso aos cargos, empregos e funções públicos devem estar previstos em lei.

A compreensão do princípio da igualdade como a obrigatoriedade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, assim como de proibição de desigualdades irrazoáveis ou injustificáveis admite a possibilidade de introdução, desde que mediante lei, de restrições de ingresso ao serviço público, em função da idade, por exemplo, desde que essa diferenciação seja justificável à vista do cargo ou emprego a prover.

A Constituição Federal estabelece diferenciação de tratamento entre brasileiros e estrangeiros. Quanto aos estrangeiros, vigora o princípio inverso, somente se admite seu acesso aos cargos públicos nas hipóteses previstas especificamente em lei, o que só foi possível a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998.

No inciso II do artigo 37, a Constituição Federal estatui a regra, de caráter instrumental, da obrigatoriedade do concurso público, ao dispor que “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.”

Trata-se de regra geral moralizadora da Administração Pública, preventiva de práticas não mais aceitas pela sociedade brasileira, como o clientelismo político e o nepotismo.

São exceções à regra geral da obrigatoriedade de concurso público para fins de preenchimento de cargos, as nomeações para cargo em comis-

são declarados de livre nomeação e exoneração e para fins de preenchimento de empregos públicos, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista em lei, conforme autoriza expressamente o inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal. Somente se admitem exceções a esta regra de obrigatoriedade de concurso público, desde que contempladas ou autorizadas expressamente no texto constitucional.

A preterição deste princípio constitucional importa na nulidade da investidura em cargo ou emprego público daquele que não tenha se submetido a concurso público ou não tenha sido aprovado no certame.

Consoante o inciso III do artigo 37 do texto constitucional, “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período”.

Infere-se desse dispositivo constitucional que o prazo de validade será fixado discricionariamente pela Administração Pública, vinculada que fica, não obstante, ao prazo máximo de dois anos de validade, prorrogável uma vez por igual período. Quer dizer, a Administração Pública poderá estipular prazo de validade do concurso inferior a dois anos, igual a dois anos, porém nunca superior, a não ser que o prorrogue por mais dois anos.

A Administração Pública, em princípio, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade, sendo esta decisão de igual modo discricionária. Entretanto, se resolver prorrogá-lo, o que lhe é facultado uma única vez, estará vinculada ao período de dois anos.⁷

No inciso IV do artigo 37, a Constituição Federal de 1988 dispõe que “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.”

Consoante entendimento jurisprudencial sintetizado na Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, a aprovação em concurso público não geraria

⁷ Paradigmático sobre o tema o julgamento do Supremo Tribunal Federal do RE 192.568, relatado por Sua Excelência, o Min. Marco Aurélio, comentado na segunda parte deste estudo.

direito à convocação, configurando mera expectativa de direito⁸. De igual maneira, deduz-se da regra constitucional em comento que da aprovação não nasce, *ipso facto*, para o candidato, o direito à convocação e consequente nomeação. Tampouco, está a Administração Pública proibida de providenciar a abertura de novo certame. Entretanto, se resolver, durante o prazo de validade do concurso, promover nova seleção, evidencia-se seu interesse em prover o cargo ou emprego, gerando, assim, para o candidato aprovado direito à prioridade de convocação sobre os novos concursados. Assim, não fosse, estaria violado o princípio da impessoalidade, vez que já conhecidos os candidatos aprovados, a Administração poderia, se fossem eles de seu desagrado, recusá-los e admitir outros através de novo concurso.

3. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE CONCURSOS PÚBLICOS

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de concursos públicos, far-se-á a partir da sistematização dos julgados referentes à impugnação judicial de atos nas diversas fases do procedimento do certame: na fase de inscrição, envolvendo questões pertinentes a requisitos e a exames psicotécnicos; na etapa de correção das provas, problemas relacionados à revisão administrativa proibida pelo edital e ao controle judicial tanto das perguntas quanto das respostas e, finalmente, controvérsias relacionadas ao direito à convocação do concursado aprovado.

3.1. REQUISITOS DE INSCRIÇÃO

No Brasil, tem-se discutido em juízo a compatibilidade com o princípio constitucional da igualdade da imposição de limites- mínimo ou máximo

⁸ Consoante julgado do Supremo Tribunal Federal “a doutrina e a jurisprudência tem-se orientado no sentido da discricionariedade quanto a oportunidade e conveniência de prover os cargos públicos. Não vicia a legalidade e a legitimidade do ato administrativo que, fundamentado na inexistência de necessidade, decide não prover os cargos vagos. (...) Na interpretação da Súmula 15 desta Corte, o que se assegura ao concursado habilitado é o direito a nomeação, no prazo de validade do concurso, quando ele é preterido por candidato em situação inferior na ordem de classificação dos aprovados(...) RMS 22.063, Relator Ministro Maurício Correia, INDJ de 7.12.95, O. 42.608).

de idade, como requisito para provimento de cargo público, portanto, para inscrição em concursos públicos.

O exame dos problemas relacionados com os requisitos de inscrição em concursos públicos e o princípio da igualdade, dos quais se ocupou o Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, seja em sede de controle difuso, seja em sede de controle concentrado da constitucionalidade das normas, autoriza a concluir que se delineia uma tendência à construção de uma jurisprudência constitucional assentada mais no exame da razoabilidade das distinções, ou seja, na identificação das desigualdades legais acordes ou não com o princípio da igualdade, do que propriamente no reconhecimento de discriminações vedadas constitucionalmente, não obstante a presença no texto constitucional de normas específicas, que, inseridas com o objetivo de garantir o aspecto material da igualdade, proíbem expressamente certos critérios de discriminação⁹.

Essa conclusão se infere da leitura dos acórdãos e votos proferidos nos julgamentos dos Recursos em Mandado de Segurança n.º 21.046-RJ em 14.12.90 (RTJ 135/528-545) e 21.033-DF, em 10.3.91 (RTJ 959-963), nos quais a Corte Suprema Brasileira examinou a compatibilidade da imposição legal de limite máximo de idade de 35 anos como critério de admissão de servidores públicos, designadamente, nos casos examinados, para o cargo de Advogado da Justiça Militar, com o princípio constitucional genérico da igualdade (artigo 5º - **caput** da Lei Maior) e as disposições constitucionais específicas proibitivas de diferenciação de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º - XXX c/c artigo 39 - § 2º)¹⁰, garantidoras de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas para os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (artigo 37 - I)¹¹.

⁹ No artigo 7º - XXX da Constituição Federal, por exemplo, proíbe-se a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

¹⁰ Artigo 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”: XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.” O parágrafo 2º do artigo 39 estende esse direito aos servidores públicos federais.

¹¹ Art. 37 - “A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei.”

O Supremo Tribunal Federal decidiu, nos dois arestos acima citados, por ampla maioria, vencido apenas o MINISTRO PAULO BROSSARD, ser inconstitucional, por incompatível com o princípio da igualdade, a diferenciação, em razão da idade, para fins de ingresso no serviço público, ressaltando, no entanto, embora em tese, a possibilidade de existência, nas expressões precisas do MINISTRO SÉPULVEDA PERTENCE, de “distinções não arbitrárias, na medida em que logrem conciliar o dogma da isonomia, e especificamente, essa restrição de idade, com outros valores constitucionais”, como nas “hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e da atribuições do cargo a preencher” (RMS 21.046-RJ, IN RTJ 135/541).

A decisão do julgamento do RMS n.º 21.046, de 14.12.90, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, a qual passou a ser paradigmática como precedente invocado nos processos similares posteriormente examinados, tem a seguinte ementa:

“CONCURSO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO FUNDADA EM IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE IDADE, QUE, CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, artigos 5º e 7º XXX) SEGURANÇA CONCEDIDA.

- A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, artigo XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, artigo 5º, caput), que se estende à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - Cf - artigo 42, parágrafo 11), a todo o sistema do pessoal civil.

- É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

- Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.”¹²

¹² IN Revista Trimestral de Jurisprudência do STF 135, 528-544.

Idêntica orientação jurisprudencial se repetiu no julgamento do RMS 21.033-DF, cujo acórdão, relatado pelo Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, foi ementado da seguinte forma:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. ADVOGADO DE OFÍCIO DA JUSTIÇA MILITAR. LEI N. 7384/85, ARTIGO 40, II, CF, ARTIGO 70, XXX, EX VI DO ARTIGO 39, § 2º.

I - O limite de idade, no caso, para inscrição, em concurso, inscrito no artigo 4º, II, da Lei n.º 7384/85, não é razoável. Precedente do STF: RMS n.º 21.046-RJ. Inteligência do disposto nos artigos 7º, XXX e 39, § 2º da Constituição

II - Recurso provido. Segurança deferida.¹³”

Nos dois julgados, predominou como fundamento da inconstitucionalidade da imposição legal do limite máximo de 35 anos de idade como condição de acesso ao cargo público de Advogado da Justiça Militar, a irrazoabilidade da diferenciação entre os candidatos, em virtude do critério etário, e não o argumento da proibição constitucional expressa (artigo 7º - XXX) de discriminação por motivo de idade, acrescentado pelo Ministro MARCO AURÉLIO no julgamento do RMS 21033-DF, ou da desarmonia com a livre acessibilidade aos cargos públicos, oposta, à mesma ocasião, pelo MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA.

O Supremo Tribunal Federal, nos dois julgamentos, não enfrentou, por desnecessário para o deslinde das questões então apreciadas, e se reservou com prudência para fazê-lo noutra oportunidade, a problemática de saber se “haverá ou não cargos cujas atribuições reclamem uma discriminação razoável em função da idade”, conforme ressaltou em seu voto, Sua Excelência, o MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE.

Mesmo assim, a maioria de seus ministros ressaltou a possibilidade da ocorrência de casos em que seria “razoável a fixação do limite de idade” (MINISTRO CARLOS VELLOSO, MS 21.033-DF, RTJ 135/961).

Ao apreciar o RE 136.237-DF (Relator Ministro PAULO BROSSARD) e o RE 174.548 (Relator Ministro CARLOS VELLOSO, IN RDA

¹³ IN Revista Trimestral de Jurisprudência do STF 135, 958-963.

196/103), o Supremo Tribunal Federal admitiu a razoabilidade da fixação do limite mínimo de trinta e cinco anos de idade para ingresso no cargo de Auditor do Tribunal de Contas estadual, quando examinou via incidental a constitucionalidade, em face do princípio da isonomia, de dispositivo de Lei do Estado do Acre, assentando que “pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos”. (RE 174.548 - RDA 196/103). Justifica, no caso, que sendo o Auditor do Tribunal de Contas do Estado substituto do Ministro do Tribunal de Contas da União (CF, artigo 73, § 4o da Constituição Federal Brasileira), cargo cujo provimento requer, por força da Constituição, a idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos de idade e considerando que as normas estabelecidas para o TCU se aplicam, de regra, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados, é razoável essa restrição. Segundo o Ministro PAULO BROSSARD, o certo é que o auditor é quem substitui, no Tribunal de Contas, o Ministro, tratando-se do Tribunal de Contas da União, ou o Conselheiros, nos Tribunais de Contas dos Estados. Ora, é requisito do ingresso no cargo de Ministro do TCU, a idade mínima de 35 anos (CF, art. 73, § 1o, I) Se o auditor é o substituto do Ministro, é razoável a exigência, posta em lei, para ingresso, naquele cargo, de idêntico requisito”(RDA 196/105)¹⁴.

A compreensão pelo Supremo Tribunal Federal da igualdade como conceito relativo, não absoluto, resultou, conforme se vê claramente no teor de seus votos e acórdãos, da influência das formulações doutrinárias acerca do conteúdo da igualdade, concebidas, por SANTIAGO DANTAS e, mais recentemente, pelo administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

Na “página antológica” referida pelos Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e OCTÁVIO GALLOTTI e reproduzida no voto do MINISTRO PAULO BROSSARD (RE 21.046-RJ/RDA 135/529-544), assim se resume o pensamento de SANTIAGO DANTAS acerca da igualdade:

“Como conceituar, porém, a igualdade objetiva, a que fica sujeito o próprio legislador?

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge o seu sistema legislativo. A lei

¹⁴ V. ainda RE 136.237 e RE157.863, IN RDA 195/65.

raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos; quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue, conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre as distingue, conforme as circunstâncias em que se produzem ou conforme a repercussão que tem no interesse geral.

Todas essas distinções, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permite distinguir as leis arbitrárias das leis conforme ao direito, e eleva até essa alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário. (“Problemas de Direito Positivo, 1953, p 56)”¹⁵

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, também citado pelo Ministro OCTÁVIO GALOTTI no mesmo julgamento, é, dentre os publicistas contemporâneos brasileiros, quem fornece os substratos doutrinários básicos acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, assinalando que por via desse princípio “o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas” e sintetiza, com precisão, que “para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos”. Conclui que “não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí”, arremata, “ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário”.¹⁶

¹⁵ Apud RE 21.046-RJ IN RDA 135/529-544.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO - *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, SP, Malheiros, 3ª ed., 1993, p. 18.

Aponta em sua teoria quatro elementos imprescindíveis à convivência do discrimine legal com a isonomia: 1º) a generalidade da desequiparação, ou seja que “ela não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo”, 2º) efetiva distinção entre as situações ou pessoas desequiparadas pela regra; 3º) a existência, em abstrato, de uma correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida na norma jurídica e, por fim, 4º) pertinência, **in concreto**, do vínculo de correlação em função dos interesses constitucionalmente protegidos. Para o jurista brasileiro, o **quid** determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia não reside na insuscetibilidade de determinados elementos ou características das pessoas ou situações, como por exemplo, os critérios de desequiparação em razão da raça, do sexo ou da convicção religiosa, serem colhidos pela norma como “raiz de alguma diferenciação”, mas é, para ele, “o vínculo de correlação lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade de disciplina entre eles”¹⁷.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO não aceita a distinção entre as discriminações vedadas constitucionalmente e aquelas nas quais as diferenças de tratamento são justificáveis perante a Constituição. Sustenta a possibilidade desses caracteres - raça, sexo e convicção religiosa, não obstante a proibição constitucional expressa, serem determinantes de desequiparação, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia. Afirma que a igualdade é agredida “quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”¹⁸. Sua posição doutrinária muito influenciou a delimitação do controle jurisprudencial do princípio da igualdade no Brasil.

Na mesma linha, o julgamento, em 24.08.93 (IN DJ de 01.10.93), do RE 156.404-1/BA, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do qual resultou a seguinte ementa:

CONCURSO PÚBLICO: INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO
FUNDADA EM IMPOSIÇÃO LEGAL DE LIMITE DE IDADE
QUE CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DIS-

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO - ob. cit., p. 15 e 38.

¹⁸ *Idem.*, *ibidem*, p. 15.

**CRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, arts. 5º e 7º, XXX);
SEGURANÇA CONCEDIDA.**

A vedação constitucional de diferenciação de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX, é corolário na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º), que se estende à falta de exclusão constitucional inequívoca, como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, par. 11), a todo o sistema de pessoal civil.

É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

Esse não é o caso, porém, quando como se dá na espécie. A lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.

Precedentes: RMS 21.046, 14.12.90, Pertence; RMS 21.033, 1.3.91, Velloso.

Ainda relativamente aos requisitos, outras polêmicas tem ocupado juízes e tribunais, destacando-se aquela concernente a problemática da exigibilidade de aprovação em exame psicotécnico como condição de acesso ao serviço público.

A exigência de exame psicotécnico, por razões de conveniência administrativa, vem sendo feita somente após o encerramento das fases do procedimento do concurso, quase sempre concomitantemente a exigência de exames médicos.

Trata-se, no entanto, de requisito de acesso a cargos, empregos e funções públicas. Há de ser, assim, por força do inciso I do artigo 37 da Constituição Federal, necessariamente, previsto em lei.

Incorre qualquer outro vício de inconstitucionalidade a previsão editalícia a exigência de exame psicotécnico para provimento de cargos, empregos e funções públicos, se for ela contemplada em lei.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança 20.973, relatado por Sua Excelência, o Ministro Paulo Brossard, decidiu que 'a exigência de avaliação psicológica ou teste psicotécnico como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos de carreira, somente e possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei que expressamente o tenha previsto.' (IN RDA 189, pp. 261-268)

3.2 REVISÃO ADMINISTRATIVA DAS PROVAS

Por conveniência da Administração Pública, não raro, os editais de concursos para provimento de cargos ou de exames vestibulares para ingresso em cursos universitários contém cláusulas proibindo a revisão administrativa das provas.

Essa proibição não se compatibiliza com a amplitude do princípio constitucional da ampla defesa, segundo o qual aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (art. 5º – LV da Constituição Federal de 1988)

Proibir a revisão administrativa das provas implica suprimir um meio de defesa perante a Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 2.402 RJ (IN DJ de 30.06.97), relatado pelo Ministro Cid Flaquer Scartezzini, que se *concede a revisão de provas em concurso público com o fito de preservar a probidade administrativa.*

3.3 CONTROLE JUDICIAL DA CORREÇÃO DE PROVAS

A diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, órgão judiciário responsável pela uniformização da jurisprudência em matéria infra constitucional, firmou-se no sentido de que *“o critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido no Judiciário, limitando-se a atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo.”* (ROMS 274/BA, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO)¹⁹.

No âmbito, porém, do Supremo Tribunal Federal - o guardião da Constituição, predomina o entendimento de que “os critérios adotados pela

¹⁹ IN DJ de 12.9.94, p. 23787. Idêntica orientação se encontra nos seguintes julgados: RE 11.211-0-PE - Relator Ministro Luiz Pereira, IN DJ de 27.9.94 “ADMINISTRATIVO. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. EDITAL ESAF/CRS/DMPF/NO 35/84) CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIOS E CONTEÚDO DOS QUESITOS. COMPETÊNCIA DA BANCA EXAMINADORA. ALCANCE DA APRECIÇÃO JUDICIAL. 1. Em tema de concurso público de provas, é cediço que o Poder Judiciário, aprisionado à verificação da legalidade, não deve substituir os examinadores quanto aos objetivos, fontes e bases de avaliação das questões. As comissões examinadoras organizam e avaliam as provas com discricionariedade técnica 2. Edital escoimado de ilegalidade. 3. Recurso improvido.” ROMS 367-RS - Relator Ministro ILMAR GALVÃO - “ADMINISTRATIVO. CONCURSO. REVISÃO DE PROVAS. O critério de correção de prova e atribuições de notas estabelecido pela Comissão Examinadora não pode ser discutido pelo Poder Judiciário, limitando-se a atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo. Hipótese em que a apreciação deste implica a apreciação do mérito do ato da administração, vedado ao Juiz. Recurso denegado.” ROMS 2021-RJ, Relator Ministro César Rocha, IN DJ de 27.2.94, p. 1126 - “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO INTERNO. ANULAÇÃO DE QUESITO. É vedado ao Judiciário interferir no critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecidas pela Banca Examinadora. Recurso improvido.”

banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, *salvo se houver inconstitucionalidade ou ilegalidade.*” (MS 21.176 - Ministro Aldir Passarinho)²⁰. A Corte Suprema já vai além do mero controle da legalidade, conforme se infere de trecho de voto do eminente Ministro SÉPULVEDA PERTENCE, ao examinar a constitucionalidade de “exame e avaliação de candidatos em concursos públicos com base em critérios subjetivos” (RE 125.556-PR), no qual assenta que a garantia constitucional de apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais violações de direito (artigo 5º - XXXV da Lei Maior) “não cessa com a eventual discricionariedade do juízo recomendado à Administração, porque o Judiciário pode, ainda no controle dos atos decorrentes da competência discricionária, entender ou perquirir da existência de abuso ou desvio de poder.”²¹

A exegese do Supremo Tribunal Federal acerca da extensão do princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (artigo 5º - XXXV da Lei Maior), com respeito ao chamado “direito dos exames” autoriza a concluir pela possibilidade jurídica do exame judicial da *constitucionalidade* do procedimento de correção das provas, inclusive daquelas subjetivas, o que, de modo algum, se confunde com a valoração pedagógico-científica das respostas.

O posicionamento tradicional que veda ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora na valoração das respostas, em termos a discutir com os próprios examinadores, remonta à orientação do antigo extinto Tribunal Federal de Recursos, onde se entendia que “se admissível abrir-se exceção à regra, inclusive quanto à forma de julgar as questões da prova, tão-somente em relação ao candidato-autor, constituiria quebra ao princípio da igualdade de todos os candidatos” (EAC 25.695)²²

Paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal vem identificando em vários julgamentos relacionados à revisão das avaliações de provas, sobretudo daquelas aplicadas em processos seletivos de recrutamento de servidores públicos, vícios de inconstitucionalidade, cuja fiscalização judicial se faz sem o comprometimento do princípio da igualdade.

²⁰ IN RDA 187/176-179.

²¹ IN RDA 190/152.

²² IN DJ de 15.12.76, p. 9406.

Em 1987, ainda antes da vigência da atual Constituição Brasileira, considerou inaceitável a norma editalícia de concurso para magistratura que submetia os candidatos a julgamento secreto e subjetivo de idoneidade, culminando com veto arbitrário (RE 111.400 - Revista Trimestral de Jurisprudência, 122/130). Já sob a égide da nova Carta Constitucional, ao reexaminar a reprovação no exame de investigação sigilosa de conduta de candidato em Concurso Público para provimento de cargo de Delegado de Polícia, decidiu pela ilegitimidade de verificação secreta sobre a conduta pública e privada do candidato, excluindo-o do concurso, sem que lhe fossem fornecidos os motivos, o que atenta contra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Segundo o eminente Ministro MOREIRA ALVES, Relator do processo, “se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Poder Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou desacerto de tais critérios e, por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito” (RE 125.556-BA).²³

O Supremo Tribunal Federal remanesce inflexível, contudo, quanto à impossibilidade de discussão judicial dos critérios de avaliação eleitos pela Comissão Examinadora. Tanto é assim que no paradigmático julgamento do MS 21.176-RJ, considerou imune ao controle do Poder Judiciário a técnica de dupla penalização adotada na correção das provas e contestada em Juízo. Nos fundamentos de seu voto, consignou o eminente Ministro ALDIR PASSARINHO: “Se o concurso estabeleceu que a prova discutida seria dividida em três partes, referindo-se cada uma a um grupo de disciplinas, devendo o candidato, em cada uma delas, obter um grau mínimo para que pudesse ser habilitado e, assim, prosseguir no concurso, tal critério é imune ao controle do Poder Judiciário, posto que inexistente nele qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade”. Deste julgamento resultou a seguinte ementa:

**MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO.
RESULTADO DE JULGAMENTO.**

Incabível, em Mandado de Segurança, discutir-se o critério fixado pela Banca Examinadora para a habilitação dos candidatos.

²³ IN RDA 190/147-153.

A penalização, nas questões de múltipla escolha, com penalização consistente no cancelamento da resposta certa para questão ou questões erradas, é questão de técnica de correção para tal tipo de provas, não havendo nisso qualquer ilegalidade.

Incabível, outrossim, reexame das questões formuladas pela Banca Examinadora e das respostas oferecidas pelos candidatos.”²⁴

A insindicabilidade judicial da substância dos critérios, em si, de correção dos exames e da justeza das notas atribuídas, não exclui a verificação pelo Poder Judiciário da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além de vícios de ilegalidade, como por exemplo, quando a questão formulada na prova se afasta do conteúdo das matérias relacionadas no Regulamento do Concurso, é possível a existência de vícios de inconstitucionalidade, questionáveis em Juízo, *v.g.*, a desatenção ao princípio da publicidade, a falta de fundamentos do ato de correção; o desacato ao princípio da igualdade, por causa da utilização, no caso concreto, de critérios diferenciados de correção para os candidatos; a preterição do princípio da razoabilidade, evidenciado pela desconsideração das respostas dos exames que deveriam ter sido levadas em conta; ou do princípio da proporcionalidade, em virtude de atribuição de nota zero, quando, à evidência, a resposta, de acordo com as normas pedagógicas, seria merecedora de maior pontuação.

Tome-se o exemplo do estudante universitário, que, irrisignado com a atribuição de pontuação zero a quesito formulado em prova de Direito, sobre assunto doutrinário controvertido, cuja resposta oferecida dissentia da opinião pessoal do professor examinador, recorreu ao Poder Judiciário, postulando o reexame do ato de correção de sua prova, anexando ao pedido pareceres de especialistas na matéria a sustentar o acerto de sua resposta. Neste caso, comprovando-se a sustentabilidade ou plausibilidade da solução dada ao problema, o examinador não poderá simplesmente desconsiderar por completo a resposta dada, sob pena de cometer grave atropelo à lógica e ao bom senso, malferindo o axioma da razoabilidade, além de ser-lhe vedado impor o julgamento mais severo possível, em desfavor do examinando, sob pena de contrariar o princípio da proporcionalidade.

²⁴ IN RDA 187/177.

A propósito do acerto da decisão tecnicamente sustentável, na Alemanha, a partir do início desta década de 1990, começou a delinear-se nova e avançada orientação jurisprudencial, assegurando-se ao candidato, quando se cuida de provas relativas ao exercício da profissão, o direito a uma proteção jurídica efetiva e a uma “*margem de resposta*”, de modo que uma resposta sustentável não deve ser avaliada como falsa.²⁵

Segundo noticia ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUSA, a atual jurisprudência administrativa alemã, no que concerne ao direito dos exames, está sintetizada na seguinte passagem do acórdão do BVerwGE de 9.12.92: “A valoração dos trabalhos de exame só pode ser controlada nos limites exigidos pelo BVerfG se os motivos que condicionaram o examinador puderem ser suficientemente descortináveis. Tal só é possível a partir dos fundamentos de que o examinador se serviu para chegar ao resultado da sua valoração. Certamente que o tribunal não deve, ele próprio, proceder à valoração do trabalho do exame; isto não é permitido especialmente devido à parcialmente sobrevivente margem de apreciação a favor dos examinadores (BVerfGE 84, 34 (52)=NJW 1991, 2005). No entanto, se esse espaço de actuação é violado, isto é, deverá haver correção jurisdicional, quando o órgão administrativo cometeu vícios de procedimento, desconheceu o direito aplicável, partiu de uma situação de facto errada, violou padrões de valoração de aplicação geral, se deixou levar por considerações estranhas. A decisão de exame também deve ser anulada no caso de uma resposta (solução) técnica sustentável e suficientemente fundamentada com argumentos relevantes vir a ser considerada falsa (BVerfGE 84, 34 (55)+ NJW 1991, 2005). A questão de saber se a valoração do trabalho do exame se contém neste espaço de

²⁵ Inaugurou-se essa tendência no Tribunal Constitucional alemão em duas decisões de 17.4.91, quando considerou que o direito de acesso à Justiça não deve ser negado a pretexto de ser a valoração de uma prova (por exemplo, de Medicina ou de Direito) da competência exclusiva da Banca Examinadora. Com fundamento no direito constitucional da liberdade de exercício das profissões, ampliou o espectro de controle jurisdicional do direito dos exames, admitindo que uma resposta sustentável do ponto de vista técnico não pode ser considerada errada pelos examinadores.

Neste diapasão, a diretriz do Tribunal Constitucional projetou-se sobre a jurisprudência administrativa germânica, que também caminha rumo ao estreitamento das fronteiras da margem de apreciação ou de valoração da Administração Pública. Os Tribunais administrativos tedescos vem reconhecendo ao examinando, quando se trata de provas com questionários de múltipla escolha, uma adequada margem de resposta, porque “uma tomada de decisão sustentável baseada em bons motivos sobre uma questão técnica controversa não deve conduzir a desvantagens profissionais só porque uma comissão examinadora tem uma opinião diferente da do examinando”, sendo suficiente que a resposta assinalada vá ao encontro de conhecimentos seguros já publicados na literatura da especialidade antes do exame e que em condições normais fossem acessíveis, sem dificuldade especial, aos candidatos. A esse propósito, consultar, “Controle jurisdicional da Administração Pública”, SP, Dialéctica, 1999, pp. 173-174.

actuação e se em geral não padece de vícios é uma questão que só pode ser respondida com base na fundamentação do acto de atribuição da nota. Por outro lado, também a questão de saber se a deficiências do tipo referido se podem reflectir no acto de atribuição da nota e no resultado do exame, o que é pressuposto da legitimidade de uma correção jurisdicional da decisão de exame (BVerfGE 84, 34 (55) + NJW 1991, 2005), só pode ser, em regra, averiguado, se estiver fundamentada a razão pela qual o trabalho recebe essa valoração.²⁶

De volta ao Direito Brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o procedimento de correção de provas pela Banca Examinadora pode encerrar vícios de ilegalidade ou vícios de inconstitucionalidade.

Observa-se que, em muitas ocasiões, para saber se há ou não vício de inconstitucionalidade, é preciso examinar o acerto tanto das perguntas, quanto das respostas dos quesitos dadas como certas pela Comissão Examinadora. Isso pode ser feito sem prejuízo do direito dos demais concorrentes em concursos públicos, e precisamente para prevenir lesão aos direitos dos competidores que, nas ações judiciais com esse conteúdo, os Tribunais Brasileiros têm considerado indispensável ao processamento da causa a citação de todos os candidatos do concurso, o que viabiliza a restauração de equilíbrio que possa ser eventualmente comprometido.

A impugnação judicial da correção dos exames é feita com o propósito imediato de alterar a nota atribuída pela comissão examinadora, e o fim remoto de obter a aprovação necessária em cursos ou em processos seletivos públicos. Pode também produzir o efeito, tratando-se de concursos públicos, de anular alguns quesitos da prova ou ainda de contaminar todo o processo seletivo.

Na hipótese de anulação de quesitos, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 28.04.97, o Recurso em Mandado de Segurança 6.386-RS, relatado pelo Ministro Gilson Dipp decidiu que os pontos referentes a questões anuladas devem ser atribuídos a todos os participantes do certame.

A verificação judicial do acerto ou desacerto das respostas produzirá reflexos na nota final do candidato, do que emerge novo problema; saber se o Poder Judiciário, ele mesmo, deverá proceder, a reavaliação das respos-

²⁶ SOUSA, ANTÔNIO FRANCISCO DE - 'Margem de apreciação e Estado de Direito', IN *Revista Polis* nº 2, Janeiro-Março 1995, p. 7-28.

tas do exame ou determinar que a Banca examinadora proceda à reavaliação.

O controle jurisdicional, na grande maioria das vezes, somente pode ir a ponto de, reconhecido o vício de inconstitucionalidade, determinar à Banca Examinadora que proceda à reavaliação da prova, encontrando-se, no entanto, impossibilitado, ele mesmo de o fazer, por si ou com auxílio de técnicos especialistas, porque somente assim se salvaguardaria a igualdade de oportunidades aos concorrentes, cânone orientador de todo procedimento de exames. As provas de todos os candidatos seriam, assim, avaliadas pelos mesmos examinadores, sem que um ou outro possa beneficiar-se ou prejudicar-se pela diferença entre aqueles que os avaliam.

O Tribunal Regional Federal da 5ª. Região tem entendido que a avaliação ou correção de provas, bem como a atribuição de notas, e incumbência exclusiva da banca examinadora, para esse fim constituída e que somente cabe a intervenção do Judiciário nos casos em a flagrante ilegalidade decorre da utilização de critérios de absurda incompatibilidade lógica. (AC n o 173650-CE, Relator Juiz Castro Meira, IN DJ de 24.12.99) Observa-se neste julgamento a aplicação do princípio da razoabilidade no sentido de racionalidade.

Para aperfeiçoar-se a revisão pelos órgãos judiciais das avaliações feitas por comissões administrativas de exames, sejam avaliações de alunos, sejam aqueles prestados em concursos públicos realizados para selecionar candidatos que pretendem ingressar em estabelecimentos de ensino oficiais ou para recrutar servidores públicos, torna-se imprescindível, primeiro, que a Comissão examinadora expeça um regulamento, para informar previamente acerca do conteúdo dos exames, da metodologia a ser adotada nas provas - se escritas ou orais, se de múltipla escolha ou subjetiva. Depois, é indispensável que a Banca examinadora apresente, ainda que posteriormente, os fundamentos da correção, o que viabilizará o posterior controle judicial. Finalmente, o regulamento do concurso deverá prever a possibilidade de revisão administrativa da avaliação e das notas.

3.4 DIREITO DO CONCURSADO À CONVOCAÇÃO

Em importante decisão de mérito do Recurso Extraordinário 192.568, relatado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO FARIAS, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, em 23 de abril de 1996 (IN D.J.

de 13.9.96), decidiu que, se a autoridade administrativa recusasse o pedido de prorrogação da validade do concurso público para provimento de cargos de magistrados, estaria ofendendo o princípio da razoabilidade, e determinou, por conseguinte, que fosse prorrogada a validade do certame, para fins de admissão de candidatos aprovados, conforme se verifica partir da leitura da ementa a seguir:

Concurso Público. Vagas - Nomeação. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em períodos subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia a letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias”(Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta’, página 56)²⁷

Trata-se de decisão paradigmática em matéria de direito de convocação de concursados, a qual, além de rever o conteúdo da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal, configura uma das raras hipóteses de redução da discricionariedade a zero que enseja, por isso mesmo, a possibilidade de o Tribunal “substituir-se” à decisão da Administração Pública, ainda que, em tese, a lei lhe tenha conferido competência discricionária. Trata-se de relevante precedente de exercício do controle pelo Poder Judiciário da compatibilidade dos atos administrativos com os princípios constitucionais. Em seu voto o relator Ministro Marco Aurélio assentou que “o artigo 37 da Carta de 1988 é categórico ao revelar que a administração pública observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. No caso dos autos” – continuou, “o da legalidade foi menosprezado, já que

²⁷ RDA 206/185-269.

olvidados os parâmetros do edital de concurso e o resultado deste último; o da impessoalidade, no que conhecidos os aprovados e classificados para as vagas, resolveu-se, partir para a nomeação parcial, colocando-se em plano secundário, até mesmo, as necessidades existentes; o da moralidade, no que, espeznhado o primeiro, deixou-se de proceder, até mesmo, à prorrogação do concurso, abrindo-se margem à convocação de outro tão logo esgotado o prazo de dois anos; por último, o da publicidade, no que as regras insculpidas no edital serviram de estímulo à inscrição de candidatos, restando ignoradas.” Destaque-se, ainda, o reconhecimento da preterição do princípio da razoabilidade, segundo o relator, “conducente a presumir-se, como objeto do concurso o preenchimento das vagas existentes”.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO PENAL

Agapito Machado

Juiz Federal da 4ª Vara da SJ/CE

SUMÁRIO: 1 - Em que consiste o julgamento antecipado de um processo. 2 - Da Jurisdição penal e extrapenal. 3 - É possível o julgamento antecipado da ação penal se a Constituição Federal de 1988 assegura ao réu um processo legal que tenha início, meio e fim? 4 - O tema, aparentemente novo, já foi enfrentado desde o final da década de 80. 5 - Fundamento do julgamento antecipado da ação penal: analogia ao caput do art. 330 do CPC, notadamente o art. 3º do CPP e ainda art. 6º da lei 8.038/90 e 8.658/93. 6 - Casos concretos em que o julgamento penal pode ocorrer antes mesmo do final do processo judicial e por isso considerados antecipados sem que ocorra violação ao devido processo legal. 7 - O mais novo instrumento de defesa: prescrição antecipada ou em perspectiva ou ainda projetada ou virtual. Polêmica existente na Doutrina e na Jurisprudência. 8 - É evidente a possibilidade de julgamento antecipado da ação.

1. EM QUE CONSISTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DE UM PROCESSO?

O processo é como um ser humano: nasce, cresce, se desenvolve, tem seus problemas e um dia morre, vale dizer, tem início, meio e fim.

O **nascimento** do processo, ou seja, o seu início se dá com o exercício do direito de ação pelo respectivo titular ou de seu representante legal, seja esse direito civil ou penal.

Se **desenvolve** com os atos de citação, defesa e instrução.

Tem seus **problemas** com os incidentes processuais de toda natureza, entre os quais se menciona no Código de Processo Penal: o de falsidade (art.145); de insanidade mental do acusado (art.149), além das questões incidentes (art.92 e seguintes).

Morre, ou seja, **tem fim**, com a sentença, vale dizer, em face de um pronunciamento definitivo por parte do Estado-Juiz que, em regra, é pela absolvição ou condenação do autor do fato e, destarte, fazendo coisa julgada formal e material..

É possível, todavia, que a **morte do processo** se dê prematuramente, ou seja, de modo antecipado.

O processo judicial, em alguns casos, bem sabemos, não necessita ultrapassar todas as suas fases e atos, até final sentença, até porque a morosidade depõe contra o Poder Judiciário que não elabora as leis, não instaura inquérito policial e nem oferece denúncia..

A morte antecipada do processo civil não é novidade em nosso Direito, eis que o Código de Processo Civil admite o julgamento antecipado na ação demarcatória não contestada (art. 955); na ação de prestação de contas (art. 915, parágrafo 2º) e mais comumente no art. 330 “*verbis*”:

“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia (art.319).

Diferentemente do processo penal em que ocorre várias vezes, no processo civil a revelia só ocorre uma vez e envolve matéria fática. E, mesmo assim, nos termos do art. 320, do referido Código de Processo Civil, a revelia não produz seus efeitos se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; se o litígio versar sobre direitos indisponíveis e se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

No tocante aos direitos chamados indisponíveis, temos os privilégios das pessoas jurídicas de direito público, vale dizer, se um Procurador desses entes não oferecer resposta a uma demanda, não ocorrem os efeitos da revelia, devendo o Juiz determinar o prosseguimento do feito com as provas a serem produzidas pelo autor.

2. DA JURISDIÇÃO PENAL E EXTRAPENAL.

No Brasil, temos dois (2) tipos de jurisdição judicial: a penal e a extrapenal.