

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO MACHADO SILVA

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DAS PROVAS DE
CONCURSOS PÚBLICOS**

**PORTO ALEGRE
2012**

EDUARDO MACHADO SILVA

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DAS PROVAS DE
CONCURSOS PÚBLICOS**

**Trabalho apresentado ao Departamento de
Direito Público e Filosofia do Direito como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito**

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

**PORTO ALEGRE
2012**

EDUARDO MACHADO SILVA

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DAS PROVAS DE
CONCURSOS PÚBLICOS**

**Trabalho apresentado ao Departamento de
Direito Público e Filosofia do Direito como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito**

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre 17 de dezembro de 2012.

Conceito atribuído:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juarez Freitas
Orientador

Prof. Dr. Igor Danilevicz

Prof. Dr. Sergio Viana Severo

Ao Edú e à Maria Éliða, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Expresso os meus sinceros agradecimentos a todos os que tornaram possível a realização deste trabalho. Em especial:

- ao professor Juarez Freitas, por mostrar que é direito almejar um Estado mais comprometido com a persecução dos seus objetivos;
- à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e aos demais professores, pela excelência;
- aos colegas, por partilharem as angústias e pelo auxílio nos momentos difíceis;
- e, por fim, a todos os queridos que suportaram ao meu lado essa longa e árdua caminhada que aqui se encerra.

RESUMO

SILVA, Eduardo Machado. **O Controle Jurisdicional da Correção das Provas dos Concursos Públicos**. Trabalho de conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. 64 p.

O presente trabalho tem por objetivo examinar a viabilidade do controle jurisdicional sobre a correção das provas de concursos públicos. Até pouco tempo, havia firmado entendimento no sentido de que não era dado ao judiciário revisar a correção das provas, pois seria matéria restrita ao mérito administrativo, cuja interferência resultaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Atualmente, contudo, cresce o entendimento de que esse específico controle sobre a atividade administrativa deva ser permitido. Com o objetivo de avaliar essa possibilidade o presente estudo buscou conhecer os limites do controle judicial dos atos administrativos e da discricionariedade administrativa, bem como a natureza da correção das provas de concurso público e os seus princípios fundamentais. A partir desses conhecimentos, concluiu-se que o judiciário está autorizado a exercer esse controle, na medida em que o ato em questão não possui natureza propriamente discricionária e que, como qualquer outro ato administrativo, encontra-se vinculado ao dever de boa administração.

Palavras-chave: controle jurisdicional – discricionariedade administrativa – concurso público – correção de provas.

ABSTRACT

This paper aims to examine the feasibility of judicial review over public service examination corrections. Until recently, there was established understanding on the impossibility of judicial review over exams corrections, because it would be a matter of administrative merits, which interference would result infringement of the separation of powers principle. Nowadays, however, grows the understanding about the possibility of judicial review over this specific administrative act. In order to assess this possibility, this study intended to examine judicial review and administrative discretion limitations, as well as the nature of public service examinations and its principles. From the results, it was found that the Judiciary must be allowed to exercise its power of review, for this act has not a proper discretionary nature and, as any other administrative act, is bound to duty of good administration.

Key-words: judicial review – administrative discretion – public service examination – exams correction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
2.1 FUNDAMENTOS.....	11
2.1.1 A separação dos poderes.....	11
2.1.2 A inafastabilidade do controle jurisdicional.....	13
2.2 LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL.....	14
2.2.1 O mérito administrativo.....	15
2.2.2 Vinculação e Discricionariedade.....	16
2.3 LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO.....	18
2.3.1 Desvio de Poder.....	18
2.3.2 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....	21
2.3.3 “Discricionariedade técnica”.....	23
2.4 O CONTROLE SISTEMÁTICO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	24
3 O CONCURSO PÚBLICO.....	28
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	28
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	28
3.3 CONCEITO E FUNDAMENTOS PRINCÍPIOLÓGICOS.....	30
3.3.1 Legalidade.....	32
3.3.2 Impessoalidade.....	33
3.3.3 Moralidade.....	35
3.3.4 Eficiência.....	38
3.4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS.....	41
3.5 NATUREZA JURÍDICA.....	44
3.6 A PROVA E A SUA CORREÇÃO.....	46
4 O CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DA PROVA DE CONCURSO PÚBLICO – ORIENTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS.....	50
4.1 O POSICIONAMENTO TRADICIONAL.....	50
4.2 A VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DAS PROVAS DE CONCURSO PÚBLICO.....	53
5 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

É notório o crescimento da procura por cargos e empregos no setor público nesta última década.¹ A boa remuneração e a maior estabilidade proporcionadas pelas carreiras públicas são algumas das vantagens em relação ao setor privado que têm levado milhares de pessoas a optarem pelo setor, sobretudo em tempos de insegurança econômica. Paralelo a isso, avolumam-se reclamações relativas aos concursos públicos – principal forma de ingresso no serviço público.

São comuns, por exemplo, as suspeitas de fraudes na realização dos concursos,² as quais por vezes se confirmam, resultando na anulação e consequente necessidade de realização de novo processo seletivo. Discute-se a elaboração de um estatuto próprio que preveja, entre outras coisas, punições mais rigorosas aos infratores, o que, em tese, amenizaria esse tipo de situação.

Ainda menos raro, contudo, são as queixas relativas às provas propriamente ditas. Reclama-se muito – em todas as esferas e níveis – de questões mal elaboradas, imprecisas, ambíguas, com mais de uma (ou nenhuma) resposta correta, ou ainda que abordem conteúdo não previsto no edital do concurso. O resultado disso é uma profusão de recursos encaminhados às bancas examinadoras que, ainda que muito se empenhassem, não teriam condições de analisá-los com a atenção devida, por simples insuficiência material em face dessa demanda.³

É claro, entretanto, que existem bancas examinadoras plenamente competentes e bem organizadas que reduzem consideravelmente o seu percentual de erros, e quando os cometem, promovem a sua pronta correção tão logo

¹ Desde o início da década até o ano de 2006, houve um aumento de 43% nas inscrições para concurso público nas esferas federal, estadual e municipal, de acordo com dados da *Revista Veja*. Disponível em: http://veja.abril.com.br/200607/p_088.shtml. Acesso em: 13/07/2012.

² Segundo *Zero Hora*, o Tribunal de Contas do Estado contabilizou 201 denúncias de possíveis irregularidades em processos seletivos no primeiro semestre deste ano, quase o dobro do verificado no mesmo período do ano passado. Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/economia/noticia/2012/06/tce-rs-registra-crescimento-de-denuncias-sobre-concursos-3794501.html> Acesso em: 17/07/2012

³ Informa a ANPAC – Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concursos – em seu sítio na internet, que recebe inúmeros emails por dia dos candidatos denunciando irregularidades nos editais. "Cerca de 95% dos emails recebidos pela entidade são de denúncias e "aberrações" cometidas pelas bancas examinadoras", afirma o presidente da entidade, prof. Ernani Pimentel, acrescentando ainda, que o problema se agravou por causa do aumento no volume de concursos nos últimos cinco anos e no número de inscrições, que é da ordem de 12 milhões por ano. "As bancas não estão dando conta da grande demanda de concursos, o que prejudica o andamento dos certames e abre brechas para irregularidades", completa.

Disponível em <http://www.anpac.org.br/portal/index.php/institucional/editorial/86-moralidade-nos-concursos>. Acesso em: 17/07/2012

verificados. Ocorre que inclusive nestas, ainda que em número diminuto, é inevitável que aconteçam equívocos – e naquelas com menor competência e experiência é natural que esse número seja maior. Isso tudo sem que se adentre num questionamento quanto à boa-fé dessas instituições.

Seja como for, havendo erro não sanado, àquele prejudicado por essa incorreção resta apenas socorrer-se do Judiciário. Isso, no entanto, sequer lhe garante que tenha os argumentos apreciados em juízo, pois não é pacífico o entendimento quanto à viabilidade e à amplitude do controle jurisdicional das provas de concurso público. Parcela significativa da comunidade jurídica entende que essa apreciação deva-se restringir meramente à legalidade do certame, no atinente às suas formalidades. Para esses, não caberia ao judiciário adentrar em um juízo quanto ao “mérito” da correção das provas.

Esse foi o posicionamento dominante nas últimas décadas. Recentemente, contudo, esse quadro vem sofrendo alterações. Pouco a pouco, cresce o entendimento de que é possível um maior controle judicial dessas questões – o exame meramente procedimental da aplicação do concurso público, através de uma apreciação restrita de legalidade, parece estar dando lugar a uma análise menos formalista, comprometida com princípios outros que não só o da legalidade pura e simples.

Essa mudança, como mencionado, está longe de ser pacífica. Há enorme receio quanto à intromissão do Judiciário no chamado “mérito administrativo”, o que configuraria ofensa à separação dos poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Ante esse risco, é forçoso reconhecer, qualquer flexibilização da lógica vigente, de fato, merece ser analisada com cautela.

A demanda por uma releitura da matéria, todavia, parece não mais poder esperar, haja vista o quadro de incerteza que tem gerado no meio jurídico. Tanto é assim que foi reconhecida repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 632.853⁴, que trata especificamente desse tema e ainda está pendente de julgamento.

⁴ 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.

Ainda maior que a incerteza jurídica é a intranquilidade do crescente número de concursandos espalhados pelo país, que se veem desamparados quando sujeitos a correções supostamente equivocadas de questões de prova. É uma situação que macula a imagem de justiça e objetividade do concurso público e, em consequência, coloca em dúvida a já desacreditada moralidade e eficiência da Administração Pública.

Por essas razões, impõe-se a seguinte pergunta de pesquisa: é juridicamente viável o controle jurisdicional da correção das provas de concurso público?

Para responder a esse questionamento é preciso bem compreender o que seja o controle jurisdicional, conhecer seus fundamentos e limites de atuação. De posse desse conhecimento, cumpre analisar de maneira abrangente o instituto do concurso público – partindo do contexto em que se insere, e passando pelos princípios que o fundamentam, bem como quaisquer outros elementos necessários à sua correta caracterização – de forma a aferir a prova e a sua correção com o mínimo possível de dúvida quanto à sua natureza.

A partir disso, e com o auxílio das construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, o presente trabalho espera adequadamente classificar a correção da prova enquanto ato administrativo e, via de consequência, corretamente aferir a viabilidade do seu controle jurisdicional, de forma a não ofender quaisquer princípios do Estado Democrático de Direito.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 FUNDAMENTOS

O controle jurisdicional (dos atos administrativos) é o poder de fiscalização atribuído aos órgãos do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa do Estado, desempenhada por qualquer um dos seus Poderes.⁵ Trata-se de uma função essencial para a efetiva concretização do Estado de Direito, fundamentando-se em alguns dos seus princípios mais essenciais, como o são o tradicional princípio da separação dos poderes e o mais recente princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

2.1.1 A separação dos poderes

O ideal de limitação de Poder, originariamente concebido por Montesquieu à época iluminista (moderna), na sua consagrada teoria da tripartição de Poderes, oferece alguns dos elementos justificadores, e ao mesmo tempo limitadores, do controle jurisdicional. Segundo ele, como é bem sabido, não poderiam estar concentradas em um mesmo ente todas as funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional) pois esse poder ilimitado conduziria inevitavelmente ao arbítrio e à conseqüente violação das liberdades individuais.⁶

Essa teoria, adotada largamente pelos Estados modernos, todavia, foi sofrendo um processo de aperfeiçoamento nesses dois séculos que se seguiram desde a sua concepção. Com o tempo, foi sendo desenvolvida a “teoria dos freios e contrapesos” (*cheks and balances*)⁷, com base na qual os Poderes passaram a dispor de mecanismos de controle recíproco. Passou-se a falar, também em funções

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 193.

⁶ Funções estas que foram primeiramente identificadas por Aristóteles em sua obra *A Política*. CUNHA JUNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constiucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 265.

⁷ *Ibid.*, p. 273.

típicas e atípicas de cada Poder, em face das hipóteses em que se autoriza a algum deles exercer função de natureza típica de outro, em caráter excepcional.⁸

Em síntese, a estrutura de Estado idealizada por Montesquieu se manteve, mas gradativamente foram sendo criados mecanismos de adequação às demandas sociais surgidas ao longo da história e que foram absorvidas pelo Estado “contemporâneo”. Com efeito, até mesmo a denominação teórica originariamente dada por Montesquieu passou a ser questionada, porquanto “tripartição” ou “separação” de Poderes, daria ensejo a uma conotação de rompimento que não mais se alinharia com a situação do Estado atual.

Na concepção mais atualizada, parte-se da premissa de que o poder soberano é uno e indivisível,⁹ com o que não seria lógico se falar em Poderes. O Estado Constitucional contemporâneo – ao contrário do seu antecessor Moderno, que encontrava na divisão mais rígida de poder a salvaguarda contra o arbítrio – assenta-se na ideia de unidade, constituindo-se não exatamente de “Poderes”, mas de órgãos que gozam de autonomia, ao mesmo tempo que se interpenetram mutuamente com o fito de melhor atender às finalidades constitucionais, esta sim a fonte última de legitimação de poder, pois emanação da vontade do povo.

É nesse sentido a vontade do constituinte no artigo 2º da Constituição Brasileira, quando institui “Poderes” que são independentes, mas harmônicos entre si. Ou seja, em que pese a divisão de funções, formas e instrumentos, e a repisada autonomia garantidora do equilíbrio de poder, todos os órgãos (Poderes) do Estado trabalham no mesmo sentido, qual seja, o da efetiva concretização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O controle jurisdicional da atividade administrativa, então, somente poderá partir desse princípio, o da separação das funções estatais, materializada na divisão de “Poderes” que, embora autônomos, regulam-se e equilibram-se mutuamente, a fim de não só evitar o arbítrio, mas de efetivamente promover a concretização dos ideais constitucionais.

⁸ É justamente em razão dessa circunstância que o judiciário controla atos administrativos oriundos dos três poderes.

⁹ Concepção que, na verdade, remonta ainda à época iluminista, idealizada por Rosseau. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo, Malheiros Editores 2010. p.155-157.

2.1.2 A inafastabilidade do controle jurisdicional

Em estreita relação com o princípio da separação dos poderes está o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.¹⁰ A partir desse princípio fica garantido o direito de “bater às portas da Justiça” a todo aquele que, por alguma razão, se achar lesado ou ameaçado em seus direitos, quer tenha ou não tenha razão em seu pleito.¹¹ Ou seja, assegura-se a todos o direito fundamental à prestação jurisdicional do Estado, não podendo este furtar-se à concessão das garantias processuais constitucionais a todo aquele que assim o requerer.

Essa tutela jurisdicional que a todos está garantida, no Brasil, fica essencialmente a cargo do Poder Judiciário, constituindo sua função precípua, do ponto de vista da separação básica de poderes.¹² Cabe somente ao Judiciário, portanto, empregar a sua imperatividade para, em última instância, dizer o Direito no caso concreto (*last enforcing power*).¹³

Não é isso o que ocorre em alguns países europeus, como é o caso, por exemplo, da França e da Itália, onde vigora o sistema da dualidade de jurisdição (sistema do contencioso administrativo ou sistema francês) caracterizado pela existência de uma Justiça Administrativa, paralela à Justiça do Poder Judiciário. Nesses Estados, coexistem duas estruturas, com juízes e tribunais próprios, sem que uma interfira na competência da outra, cada qual fazendo coisa julgada de suas decisões.¹⁴

A essa Justiça Administrativa cabe julgar causas específicas, em que necessariamente litiguem de um lado o Poder Público e de outro os particulares, como é o caso do controle sobre os atos administrativos. Como vantagem desse sistema, pode-se citar a especialização dos órgãos julgadores, o que implica no desenvolvimento do Direito Administrativo. Por outro lado, resta ameaçado o

¹⁰ Art . 5º. (...) XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (...)

¹¹ Direito reconhecido na Carta dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948).

¹² À exceção dos casos específicos em que é dado aos demais Poderes exercerem função jurisdicional.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 233.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 931-932.

princípio da imparcialidade, na medida em que fica nebulosa a separação entre Estado-juiz e Estado-parte.¹⁵

Esse aspecto, certamente, é uma das vantagens do sistema da unidade de jurisdição (sistema inglês) adotado pelo Brasil. Como já mencionado, neste sistema é somente dado ao próprio Poder Judiciário exercer função jurisdicional, sendo dele a decisão definitiva sobre as questões de Direito. Assim, sejam quais forem os litigantes (enquadrando-se aí quaisquer órgãos do Estado), ou a índole da relação jurídica controvertida, será o Judiciário o Poder competente para apreciar a questão. É essa, basicamente, a circunstância que legitima o ajuizamento de ação judicial em face das lesões ou ameaças a Direito decorrentes da atividade administrativa – sem nem mesmo ser necessário o prévio esgotamento das vias próprias disponíveis.¹⁶

O controle jurisdicional dos atos administrativos constitui-se, portanto, em decorrência desse princípio que assegura a sua inafastabilidade, e em razão da preservação do Estado Constitucional de Direito – na forma referida anteriormente. Serve para proteger o particular nos seus direitos, inclusive contra eventuais arbitrariedades do próprio Estado, constituindo-se, assim, em ferramenta de equilíbrio entre os Poderes. Por outro lado, objetivando esse mesmo equilíbrio, para que não haja abuso desta vez do Judiciário em face do Estado-Administração, é que se procura fixar critérios claros para a sua viabilidade.

2.2 LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL

Conforme posto, o controle jurisdicional da atividade administrativa parte da premissa de que não há lesão ou ameaça a direitos que não possa ser apreciada pelo Judiciário, de forma que o Estado, personificado por qualquer de seus Poderes (ou órgãos) fica sujeito a esse controle. Entretanto, a atividade administrativa, como se sabe, é função precípua do Poder Executivo – assim como o é a função jurisdicional em relação ao Judiciário – sendo ele (o Executivo) o Poder que em maior medida desempenha função administrativa. Assim, caso não houvesse limite ao controle judicial, o resultado seria uma hipertrofia do Poder Judiciário, o qual

¹⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 265-290.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 885.

acabaria por absorver quase que totalmente o Poder Executivo – bem como todo o Estado-Administração – numa direta ofensa à estrutura tripartida do Estado e à divisão das funções estatais.

Com o objetivo de evitar esse esvaziamento da função administrativa, impõe-se a fixação de “freios” também ao controle judicial, ou seja, de marcos indicadores dos limites da sua amplitude. Tem-se entendido, tradicionalmente, que esse ponto de separação entre aquilo que é dado ao judiciário revisar e aquilo que lhe é vedado seja o chamado *mérito administrativo*. Assim, sem adentrar, por ora, em um questionamento quanto à correção dessa assertiva, convém iniciar a investigação desses limites pela compreensão do significado desse aspecto da atividade administrativa.

2.2.1 O mérito administrativo

Costuma-se associar o significado de mérito administrativo ao espectro da atividade administrativa em que o gestor/administrador é livre para tomar quaisquer decisões, de acordo com as suas convicções. Essa liberdade – conferida pela lei – seria a razão pela qual esse aspecto da atividade administrativa ficaria imune ao controle jurisdicional.¹⁷

Em uma clássica e muitas vezes repetida definição, as palavras de Seabra Fagundes:¹⁸

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concernente ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz se o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isso é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios de boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

Celso Antonio Bandeira de Mello,¹⁹ define-o da seguinte forma:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 207

¹⁸ FAGUNDES, Seabra, O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 5ed, 1979 *apud Ibid*, p. 206.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009. p. 955.

critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

José Cretella Junior,²⁰ por sua vez, ressaltando o caráter subjetivo do mérito administrativo, assim o sintetiza:

Na prática, *in concreto*, o mérito apresenta-se como ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir. Essa ponderação pessoal é traduzida em um juízo de valor. Isto é melhor, isto é útil, isto é oportuno, isto é conveniente.

Sumarizando estes e outros conceitos acerca do significado do mérito administrativo, pode-se dizer que o entendimento majoritário seja o de que se trata do espaço de efetiva decisão por parte do administrador público, em face da multiplicidade de alternativas que a ele se oferecem. É a lei que confere a ele – ao gestor, ao administrador – a faculdade de julgar aquilo que é conveniente e oportuno, sendo justamente este o espaço que possui para aplicar (e privilegiar) os seus conceitos pessoais de boa administração. É esse o aspecto que tem diferenciado os chamados atos discricionários dos atos vinculados, classificação de fundamental importância para o entendimento da questão.²¹

2.2.2 Vinculação e Discricionariedade

Guardam estreita relação os conceitos de discricionariedade e mérito administrativo, ambos representando o espaço, legalmente concedido, ao administrador público para aplicar seus juízos valorativos legítimos de conveniência e oportunidade na realização dos seus atos.²² Não se trata de coisa idêntica, contudo, o chamado ato administrativo discricionário, o qual não se reveste integralmente dessas características.

A doutrina divide os atos em vinculados ou discricionários, com base no grau de discricionariedade (espaço deixado para o mérito) do ato administrativo. O ato, contudo, é composto de cinco elementos (requisitos): competência, forma,

²⁰ CRETTELLA JUNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 244.

²¹ Convém, por ora, apenas guardar este conceito, que será mais profundamente analisado ao fim deste capítulo.

²² O aspecto da legitimidade será melhor abordado na última seção deste capítulo.

finalidade, motivo e objeto.²³ Destes, apenas os dois últimos podem ser discricionários. Tanto a competência (poder indelegável de praticar o ato, salvo exceções legalmente previstas) como a forma (revestimento exterior do ato) serão sempre vinculadas, ou seja, adstritas aos termos previstos na lei. Assim também a finalidade, com a peculiaridade de que esta não só é vinculada, mas sempre será a mesma para todos os atos: o *interesse público*.

Logo, o ato discricionário também é em grande parte vinculado, apenas diferenciando-se dos atos vinculados, propriamente ditos, pois estes estão integralmente sujeitos à lei. Remanesce a liberdade do administrador, na forma como já mencionado, apenas quanto ao motivo e objeto do ato discricionário. Assim, não é difícil perceber, tanto atos vinculados quanto atos discricionários estão sujeitos ao controle judicial – com a diferença de que aqueles são sindicáveis na sua integralidade.

O motivo e o objeto do ato discricionário são, então, o reduto do chamado mérito administrativo, porção esta intocável pelo judiciário segundo boa parcela da doutrina.²⁴ Significa dizer que, nos atos discricionários, é ao administrador público que cabe valorar as circunstâncias de fato e de direito (motivos) que ensejem atos de sua parte, bem como as efetivas ações que resolverá executar (objeto).

Numa perspectiva restritiva do controle jurisdicional, entendido apenas enquanto um controle de legalidade *strictu sensu*, seria este o limite objetivo à apreciação judiciária da atividade administrativa. Entretanto, ainda que de acordo com as formalidades legais, pode o ato revestido de poder discricionário, justamente em face da ampla liberdade conferida ao administrador, transmutar-se em ato manifestamente arbitrário.

Nessas circunstâncias, entender o ato como insindicável, seria legitimar o abuso de poder, situação com a qual o Direito não pode se conformar. É preciso ter presente que o princípio da separação dos poderes – que é aquilo que se objetiva proteger com a não-invasão judiciária na seara administrativa – foi concebido justamente para conter o arbítrio das autoridades públicas, com o que seria ilógica a sua preservação se, para tanto, houvesse de perecer a sua finalidade.

²³ Divisão esta adotada pela maior parte da doutrina (com algumas pequenas variações terminológicas).

²⁴ Notadamente em CRETTELLA JUNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

Contudo, não se trata de legitimar a usurpação da função administrativa pelo Judiciário, mas de se fazer nova leitura do que seja, propriamente, o seu poder discricionário. Nesse sentido, impõe-se a elaboração de novas teorias, fundadas em elementos racionalmente justificáveis, e que possam, ao mesmo tempo, conferir certeza dos limites do controle jurisdicional, porém sem deixar margem para excessos arbitrários por parte do administrador, sob o pretexto do mérito administrativo.²⁵

2.3 LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

Conforme referido, numa primeira análise, o poder discricionário encontra seu limite na lei – pois onde a ela se vinculam motivos e objeto, a rigor, não pode haver discricionariedade.²⁶ De outro lado, conferida legalmente ao administrador margem de liberdade, quanto a esses elementos, configurado estaria o exercício do poder discricionário. Contudo, alguns raciocínios e teorias têm demonstrado que esse poder, em que pese outorgado pela lei e fundado essencialmente na subjetividade do seu titular, encontra ainda outras limitações jurídicas, reduzindo consideravelmente o seu campo de efetiva liberdade.

2.3.1 Desvio de Poder

Provavelmente a mais largamente aceita e consagrada teoria elaborada para o fim de descrever casos de arbitrariedade administrativa seja a do *abuso de poder*, dentro da qual se inserem as espécies do *excesso* e do *desvio de poder*.²⁷ Entende-se haver *excesso de poder* toda vez que a autoridade atua fora dos limites da competência que legalmente lhe foi atribuída, tratando-se, portanto, de hipótese em que há ofensa ao requisito da competência, verificável em uma análise direta e objetiva de legalidade.²⁸

²⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. p.370.

²⁶ Pode-se entender que essa divisão rígida, contudo, também possa ficar sujeita a alguma ponderação.

²⁷ Teoria desenvolvida na França ainda no século XIX. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ed. São Paulo; Malheiros Editores, 1999. p. 95.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 44.

A segunda faceta da teoria do abuso de poder, o *desvio de poder*, contudo, é mais relevante para a compreensão do tema da discricionariedade administrativa. Ocorrerá *desvio de poder* sempre que o agente buscar fim diverso daquele que a lei permitiu – associando-se, então, ao requisito da *finalidade*, ao *interesse público*, razão pela qual também é chamado de *desvio de finalidade*.²⁹ Refoge ao interesse público, desatendendo ao requisito da finalidade (e, portanto, ao princípio da impessoalidade)³⁰ todo ato que objetivar interesse privado, benefício próprio ou favorecimento de qualquer ordem.

Numa interpretação um tanto mais ampla do sentido do termo “interesse público”, Hely Lopes Meirelles³¹ entende que o desvio de “finalidade” seria “a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”. Trata-se de ato dissimulado, portanto, podendo aparentar perfeita legalidade, pois é justamente esta a intenção da autoridade que “atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio”.³²

Importa observar, então, a contradição que se estabelece: pode-se ter um ato formalmente válido, consoante previsão legal, porém, ao mesmo tempo, ilegal, pois ofensivo ao interesse público. Em tese, essa ilegalidade se constata no âmbito da finalidade do ato, e ela é, de fato, legalmente vinculada. Contudo, é bem de ver que só é possível constatar esse desvio a partir de uma análise da *causa* do ato, ou seja, da relação que se estabelece entre a sua finalidade, motivos e objeto.³³ Em

²⁹ VEDEL, Georges, *Droit Administratif apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009. p. 971. Refere haver outras hipóteses de desvio de poder que não, necessariamente, implicam ofensa a interesse público. Tal não é, contudo, o sentido que se vê comumente na doutrina, onde de regra andam juntos os conceitos.

³⁰ São estreitamente interligados o requisito da finalidade, o princípio da impessoalidade e o interesse público, como se verá no ponto relativo ao princípio da impessoalidade, no capítulo referente ao concurso público.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 1999. p. 97.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.44.

³³ Relação esta defendida por PIREZ, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.p.249, nos seguintes termos “(...) a finalidade do ato administrativo é concebida em um sentido amplo e em outro estrito; em sentido amplo, a finalidade é a realização do interesse público, e no sentido estrito trata-se do resultado específico. Já a causa é o nexó de pertinência entre o motivo, o conteúdo, e a finalidade do ato administrativo. Pois bem. O desvio de finalidade é incontestavelmente um vício sobre a finalidade – ou a ampla ou a estrita, a depender do caso concreto – porque se trata da frustração do próprio objetivo traçado à Administração Pública. Mas ao querer saber se o interesse público estiolou-se, se

outras palavras, é preciso analisar o conteúdo discricionário do ato administrativo para se chegar à conclusão de que houve violação da sua “porção vinculada”, isto segundo a divisão anteriormente exposta dos seus elementos.

Diante dessa circunstância, surge a dúvida quanto à extensão e a correção da expressão “controle de legalidade”, pois não seria, no rigor do termo, a legalidade que estaria sob análise – porquanto motivo e objeto integrariam o mérito do ato. É disso, ao que parece, decorrer a divergência doutrinária: há autores que entendem o desvio de poder (e também o excesso) como espécie do gênero ilegalidade; outros, todavia (no sentido do que dá a entender o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição, ao prever o direito de petição)³⁴ sustentam que nem todo abuso de poder dela decorre.

Cumpra observar que compreender o desvio de poder enquanto ilegalidade implica, de certa forma, em reafirmar que o controle judicial da atividade administrativa restringe-se apenas a esse aspecto, pois a rigor se está tratando do elemento *finalidade*, e este é vinculado à lei, conforme já exposto. Entendendo de maneira diversa, conseqüentemente se estará alargando o espectro de atuação do poder judiciário, porquanto estará autorizado a ir além da violação da legalidade (ao menos nesse sentido estrito).

Certo é que, como já bem destacado, o “discricionarismo da Administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé ou imoralidade administrativa”³⁵, com o que não só o judiciário está autorizado, como tem o dever de anular atos desse tipo. A teoria do desvio de poder, entendida como se queira, então, serve para demonstrar que pode não ser tão simples a definição desse grau de liberdade conferido pela lei à autoridade pública – pois ainda que discricionário o ato, ele está limitado pelo interesse público (fator que legitima o controle jurisdicional) e este não é de fácil definição. Essa circunstância dá ensejo, uma vez mais, ao questionamento quanto ao conteúdo e ao limite do poder discricionário, não respondido propriamente com base apenas nessa teoria.

a finalidade específica do ato não foi atendida, o intérprete encontra valoroso apoio ao aferir a causa do ato, ao avaliar o motivo que deflagrou o ato, o seu exato conteúdo, e se a finalidade decorrente do motivo e do conteúdo do ato concreto amolda-se à finalidade hipoteticamente prevista em lei.

³⁴ Art. 5º. (...) XXXIV- São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)

³⁵ MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999. p.96

2.3.2 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Parece mais lógico conceber a legitimidade que detém o poder judiciário para revisar atos administrativos eivados de vício relativo à sua finalidade, ou seja, ofensivos ao interesse público, uma vez que admitida a juridicidade dos chamados conceitos indeterminados.³⁶

Em outras palavras, quer-se dizer que o interesse público não é fruto da pura subjetividade do administrador – e nem poderia ser, pois é finalidade do ato, e esta é vinculada – ainda que não se possa extrair total exatidão do seu significado. Essa relativa falta de objetividade dos conceitos indeterminados (dentre os quais o interesse público), contudo, não pode ser justificativa para a total liberdade de escolha da Administração, pois isso conduziria inevitavelmente ao *abuso de poder* (num sentido mais amplo do termo), conforme se pode depreender a partir da teoria anteriormente exposta.

O que legitima a apreciação pelo judiciário, portanto, é propriamente a juridicidade dos conceitos, com o que não se pode falar em “escolha”, mas em uma “interpretação jurídica” – necessária em razão da abertura dos dispositivos legais que fundamentam a atividade em concreto. Esse espaço para a interpretação se justifica no fato de que não pode a lei formal prever toda e qualquer circunstância, assim como determinar o conteúdo das ações administrativas na sua integralidade, cabendo ao agente público associar a lei ao caso da forma mais adequada possível.

Ainda que desse processo interpretativo possa não resultar uma única alternativa viável, tal também não justifica uma total subjetividade nas escolhas. Essa circunstância, apenas, implica em conceder uma presunção em favor da Administração, a qual poderá atuar dentro de uma *margem de apreciação (margem de confiança)*³⁷, não podendo, contudo, dela se afastar, em face da inviabilidade interpretativa de certas escolhas, em face da lei.

Essas considerações integram a teoria sustentada por Luis Manuel Fonseca Pires, que desvincula o conceito de discricionariedade, próprio das escolhas subjetivas legítimas e indiferentes efetuadas pelo administrador (para o fim de

³⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 152.

³⁷ SANZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos interpretacion y discricionalidad administrativa apud* PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 152.

atender ao interesse público) da interpretação jurídica dos conceitos jurídicos indeterminados.³⁸

A discricionariedade administrativa, assim entendida, não só encontra limitação no interesse público – conceito jurídico indeterminado que fixa a finalidade última de toda e qualquer atividade administrativa – mas também em outros de mesma natureza que se aplicam aos casos específicos. Dessa forma, torna-se mais coerente a ideia de que cabe ao judiciário apreciar a “legalidade” da atividade administrativa, pois se trata de conceito mais abrangente.

A lei, como bem se sabe, é o motor de toda a ação estatal, seja ela considerada vinculada ou discricionária. No caso da competência administrativa vinculada, a previsão legal apresenta alto grau de objetividade quanto a todos os seus elementos, ao passo que nos atos ditos discricionários, cumpre ao administrador complementá-la, elegendo seu motivo e objeto. Essa competência, contudo, também é oriunda da lei, com o que, a rigor, não se pode dizer que não seja vinculada, no sentido comum da palavra. Por essa razão, segundo Hartmut Maurer, o mais correto seria chamá-lo de “poder discricionário juridicamente vinculado”.³⁹

Assim, passa a importar menos o fato de que existe espaço legal para o preenchimento pelo administrador da causa do ato (motivo e objeto), pois tanto o ato vinculado como o discricionário estão sujeitos a lei, tendo ela maior ou menor grau de determinação do seu sentido. Significa dizer que há em grande medida no ato discricionário um aspecto subjetivo, não tão pronunciado no ato vinculado, justamente em face do maior grau de abertura das normas que preveem aquele tipo de atividade administrativa.

Esse aspecto, todavia, não justifica toda e qualquer escolha da Administração, porquanto não basta a presença do elemento volitivo (subjetivo) para a configuração da discricionariedade propriamente dita – aquela porção que não se sujeita ao controle judiciário, pois se constitui em função administrativa por excelência.

³⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.220.

³⁹ MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral* *apud* PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.149.

A vontade do intérprete das normas é elemento indissociável da interpretação jurídica, pois não se trata o Direito de ciência natural – como é a matemática, por exemplo – sujeita à lógica formal dedutiva. Pelo contrário, a ciência do Direito se constrói com a inafastável participação do intérprete, que integra valores e dá conteúdo a conceitos abertos, não com base em juízos meramente pessoais, mas a partir da ponderação de elementos propriamente jurídicos.⁴⁰

Assim, nem toda atividade administrativa que implique uma maior participação volitiva do seu agente deveria ser considerada discricionária, pois haveria aí a confusão de duas situações distintas, unidas por esse elemento subjetivo que compartilham. Somente seriam, dentre essas, efetivamente discricionárias, aquelas circunstâncias em que a lei concedesse liberdade de escolha ao administrador, e que esta se mantivesse em face do caso concreto, não sendo possível identificar o preferível ou o desejável com base, apenas, em critérios jurídicos. Em suma, só haverá ato discricionário, no rigor do termo (e no sentido de delimitar o controle judicial), quando as opções da Administração forem indiferentes do ponto de vista do Direito.

2.3.3 “Discricionariedade técnica”

Conforme o exposto, não se trata de discricionariedade a complementação do significado dos conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei, cabendo à ciência do Direito, com sua lógica própria, fornecer as ferramentas para a evidenciação das suas finalidades nos casos concretos. Há situações, contudo, em que determinadas palavras ou expressões reclamam a interpretação de informações atinentes a outras áreas do conhecimento humano. Assim o são, por exemplo, as expressões “impacto ambiental”, “incapacidade para o trabalho”, “risco iminente de demolição”, e tantas outras, que requerem análise criteriosa própria de determinada área científica.

Nessas circunstâncias não caberá somente à ciência do Direito determiná-lhes o conteúdo, sendo inafastável a necessidade de auxílio técnico específico para tanto – como é o caso da *perícia*. Nessa senda, e com base no que foi exposto quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, fica clara a imprecisão do termo

⁴⁰ *Ibid.*, 52-59

“discricionariedade técnica”, pois se trata, na verdade, de uma “apreciação” ou “avaliação”, em nada tendo a ver (na forma como já exposto) com o conteúdo próprio da discricionariedade.⁴¹ Isso porque não é na subjetividade do avaliador – nas suas preferências pessoais, por exemplo – que se funda essa apreciação, mas em critérios científicos, fator que caracteriza a natureza objetiva da atividade.

Como já mencionado, a interpretação dos critérios próprios ao campo de conhecimento em questão, é bem verdade, pode demandar maior ou menor influência do intérprete – como é o caso do Direito, em que é determinante a participação dos sujeitos na construção desse conhecimento. Assim, é possível que, por essa razão, ou em face de qualquer outra peculiaridade dos casos específicos, não se possa obter verdades absolutas – pois, na verdade, nem mesmo isto é uma pretensão das ciências. Essa circunstância, é importante ressaltar, não classifica a atividade no campo das opiniões pessoais e indiferentemente legítimas, próprio da discricionariedade, mas inserido na lógica científica da persuasão racional e do convencimento.

Logo, deve ser ampla a viabilidade de controle jurisdicional sobre as apreciações técnicas, pois não se tratam de exercício de poder discricionário da Administração, no sentido substancial do termo.

2.4 O CONTROLE SISTEMÁTICO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Apresentados os fundamentos do controle jurisdicional sobre atividade administrativa e definidos, tanto quanto possível, os limites que se impõem à Administração, bem como ao Judiciário, no exercício de suas funções, estão dados elementos suficientes para se introduzir, sob forma de síntese conclusiva, uma diferente perspectiva do que seja o controle jurisdicional.

Está se aludindo à teoria elaborada por Juarez Freitas⁴², chamada de “controle sistemático dos atos administrativos”, segundo a qual ganham sobrelevado destaque os princípios, objetivos e direitos fundamentais constitucionais que, no

⁴¹ Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva faz referência à diferença, na doutrina italiana entre “discrezionalità tecnica” e “accertamento tecnico”. COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. n. 57. v.27. 2003; p 261-276.

⁴² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009.

âmbito do Direito Administrativo convergem para a concretização do direito fundamental à boa administração.

Tem-se dito, ao longo deste capítulo, que o controle judicial da Administração se funda na circunstância de que ao Judiciário não é dado “virar as costas” aos indivíduos, em face de lesões ou ameaças a seus direitos. Em se constituindo a Administração Pública, na maioria das vezes, em Poder diverso (o Executivo), todavia, ele estaria impedido de se exceder nas suas funções, sob pena de ofensa ao princípio basilar do Estado de Direito da separação dos Poderes.

É nesse contexto que se procura fixar limites claros à atuação do Judiciário, e que se concebe a expressão “controle de legalidade” da atividade administrativa, pois é ao Judiciário que cabe apreciar a observância da lei pelas autoridades públicas, ou por quem quer que seja.

A definição do que seja esta atividade administrativa objetivamente atrelada à lei, e a diferença desta com aquela em que é dada alguma liberdade ao agente público para eleger a sua forma de atuação, contudo, pode ser problemática – numa perspectiva demasiadamente formalista da lei, podem ser admitidos escancarados abusos a direitos.

É por essa razão que se elaboram teorias visando uma melhor compreensão dos limites concedidos pela lei para o exercício do chamado poder discricionário de que dispõe a Administração Pública. Nesse sentido, surge primeiramente a teoria do desvio de poder, abrindo a porta da dúvida quanto aos limites da liberdade do administrador e quanto ao significado da expressão “legalidade”, que define o controle judicial.

Através de uma interpretação mais ampliativa desse controle de legalidade, conclui-se que, mesmo em atos ditos discricionários, o que se opera não é propriamente um juízo de opinião ou escolha, mas de uma interpretação da vontade da norma e, assim sendo, também este ato se torna apreciável pelo Judiciário. Da mesma forma, também o são os conceitos jurídicos que requeiram complementação quanto ao seu conteúdo a partir de estudos técnicos, alheios ao Direito propriamente dito.

Chega-se à conclusão de que, o espaço legalmente reservado à Administração impor os seus juízos de “mérito”, sem que possa haver questionamento no âmbito judiciário quanto ao acerto ou desacerto das suas escolhas, é bastante restrito.

Isso, contudo, não significa que houve um avanço maléfico de um Poder sobre outro, com o Judiciário apropriando-se da função administrativa, própria do Estado-Administração. Quer-se dizer com isso que, efetivamente, é a lei que regula a atuação da Administração Pública, quer ela se exteriorize através de atos mais diretamente a ela vinculados, quer seja resultado de um exercício mais complexo de interpretação jurídica.

Ampliando-se um tanto mais esse raciocínio, pode-se visualizar que não é propriamente a lei, no seu sentido estrito, que determina a atuação da Administração, ou qualquer outra função estatal – esse poder encontra respaldo no ordenamento jurídico como um todo, enquanto sistema. Neste, cada vez mais no seu topo, figuram os princípios e direitos fundamentais que, sem menosprezo às regras, também apresentam aplicabilidade direta e imediata.⁴³

Significa dizer com isso que, no momento atual do Estado de Direito, não se pode prescindir do controle “sinérgico e cooperativo” dos atos administrativos, pois somente assim será possível retirar os princípios, objetivos e direitos fundamentais da “vacuidade programática” em que se encontram, exilados por uma ideologia retrógrada, que sustenta uma visão por demais abstrata da incidência do Estatuto Fundamental nas relações da Administração. É afirmar que, efetivamente, não é o subjetivismo dos intérpretes, mas é a Constituição quem administra, através das ferramentas de que dispõe a boa hermenêutica.⁴⁴

Assim, conforme as palavras do autor:⁴⁵

O controle sistemático dos atos administrativos (vinculados e discricionários) encontra-se vinculado cogentemente ao direito fundamental à boa administração pública, autêntico feixe de princípios e regras que se entende como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Nesse horizonte, mais do que nunca, será ilógico falar em uma divisão rígida entre vinculação e discricionariedade, porquanto ainda que vinculado o ato à lei, o

⁴³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009; p. 30.

⁴⁴ *Ibid.*, p.33.

⁴⁵ *Ibid.*, p 360.

seu resultado concreto poderá ofender a outros princípios da mesma forma vinculantes, com o que o administrador não só poderá, mas deverá, deixar de executá-lo. Da mesma forma, no que tange ao ato discricionário, não será possível haver liberdade legalmente prevista em lei que, legitimamente, confira ao administrador o direito de escolher alternativas desarrazoadas ou desproporcionais, resultado não do seu mérito administrativo, mas, propriamente, do seu demérito, do que resulta o arbítrio administrativo.⁴⁶

Quer-se dizer, de forma definitiva, que não mais há espaço para se entender a atividade administrativa, consubstanciada na figura do que se chama de mérito administrativo, sob um aspecto subjetivista, fundado na pessoa do administrador e nos seus critérios meramente internos do que seja a “boa gestão”, já aludida por Seabra Fagundes na clássica definição de mérito administrativo.⁴⁷

Em suma, conclui-se que é somente com o controle sistemático da atividade administrativa que se pode almejar a concretização dos objetivos e direitos constitucionalmente assegurados, que convergem para o direito fundamental à boa administração pública. Significa afirmar que somente serão legítimas as escolhas racionalmente fundamentáveis, de acordo com o que determinam estes princípios norteadores da boa administração, sem atenção aos quais será inevitavelmente arbitrária a atividade administrativa, afastando-se dos ideais constitucionais, os quais é dever do Estado como um todo preservar e promover.⁴⁸

⁴⁶ O direito fundamental à boa administração vincula, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar as suas atribuições. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 43.

⁴⁷ Ítem 2.2.1 deste trabalho.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.* p 45.

3 O CONCURSO PÚBLICO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de bem entender o que seja o concurso público e, mais propriamente, a sua prova e correção, convém iniciar o estudo pelos seus fundamentos essenciais, bem como pelo contexto dentro do qual esse instituto foi idealizado.

Assim, partindo-se de uma análise mais genérica e conceitual – com especial atenção aos seus princípios fundamentais – é que se pretende chegar ao ponto objetivo da correção de prova com suficiente clareza quanto à sua natureza, objetivando a exclusão, o tanto quanto possível, de dúvida quanto à viabilidade do seu controle jurisdicional.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É antiga a preocupação dos entes estatais em encontrar o melhor procedimento de recrutamento de pessoas para o serviço público. Segundo estudo desenvolvido por José Crettela Junior⁴⁹ (repetido por demais pesquisadores do tema e em cujo conteúdo esta seção se baseia) os mais conhecidos métodos de seleção desenvolvidos ao longo da história foram: *sorteio*, *compra e venda*, *herança*, *arrendamento*, *nomeação*, *eleição* e *concurso*.

O sistema do *sorteio* foi muito usado na Antiguidade Clássica, inclusive para o preenchimento de cargos de elevada importância em Atenas e Esparta. Tinha sua utilização, porém, mais voltada aos postos de natureza política. Como ponto positivo, a posição de independência em que se situava o sorteado, evitando o seu condicionamento. Seu fundamento divino, contudo, era frágil, com o que foi criticado por ficar demasiadamente vinculado à sorte, nunca à capacidade.

Na Idade Média, a concepção de que o Estado era *dono* do cargo público, proporcionou a disseminação do sistema de *compra e venda*, utilizado primeiro na França, depois na Alemanha, Espanha e Itália. O fato de ser usado como fonte de receita, na tentativa de cobrir as despesas decorrentes dos desmandos da realeza, das guerras e dos empreendimentos da época, certamente contribuiu para a sua

⁴⁹ CRETTELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ed. Ed revista e atualizada. Rio de Janeiro; Forense, 2002 p. 352-358.

ampla utilização. Por óbvio, em se constituindo em objeto de comércio (já que era também negociável entre particulares) acabou por privilegiar os ricos, não os mais capazes, caindo gradativamente em desuso.

Nessa mesma época, experimentou-se o ingresso no serviço público por *sucessão hereditária*, sistema que desde logo se mostrou inconveniente, na medida em que os herdeiros nem sempre estavam à altura do antepassado. Diante das dificuldades do cargo, era comum que delegassem suas funções a terceiros, sem qualquer garantia de que as tarefas fossem bem executadas.

Ainda na Idade Média, fez-se presente a prática do *arrendamento*, através do qual os cargos públicos eram cedidos aos particulares por prazo determinado mediante contraprestação pecuniária ao Estado. Muito semelhante à compra e venda, acabou sendo extinto pelas mesmas razões.

Após, merece destaque o procedimento da *nomeação*. Primeiro, tratava-se do singelo sistema segundo o qual a autoridade governamental livremente atribuía a alguém o cargo público sem quaisquer interferências (*nomeação absoluta* ou *discricionária*). Como ponto positivo, a possibilidade de ser privilegiada a aptidão do postulante ao cargo, fator que nos sistemas anteriores estava inteiramente sujeito ao acaso. De outro lado, era perigosamente condicionada à honestidade da autoridade, dando lugar a toda sorte de favorecimentos pessoais e arbitrariedades.

Uma outra faceta desse sistema era a *nomeação relativa*, que impunha a observância de formalidades legais à escolha dos funcionários, sujeitando-a à chancela de outro Poder (*nomeação condicionada*). Assim, retirava-se da autoridade nomeante a sua ampla discricionarieidade, na tentativa de corrigir os defeitos da sua forma incondicionada. Apesar dos inconvenientes, tanto uma como outra, são utilizadas ainda hoje, inclusive no Brasil.

A *eleição direta* é outro sistema que continua a vigorar em alguns países. Teve sua origem na França após a Revolução, fundando-se no ideal de soberania popular. Foi importado pelos Estados Unidos da América onde é atualmente utilizado para o preenchimento de vários cargos, como juízes e promotores. O seu ponto positivo é o de contemplar a democracia participativa, porém deixando espaço à manipulação política.

Esse sistema não é utilizado no Brasil, onde apenas existe a sua forma *indireta*, na qual a escolha é feita por um colegiado. É o caso da escolha do reitor feita pelo grupo dos professores, funcionários e alunos de uma universidade.

Por fim, veio o *concurso*, sistema idealizado na França e desenvolvido na época de Napoleão. É este que, apesar da fervorosa contestação dos seus opositores – muito em razão dos privilégios que obtinham com a manutenção de outros sistemas – acabou por lograr o maior êxito, constituindo-se hoje no mais difundido meio de recrutamento de servidores públicos.

3.3 CONCEITO E FUNDAMENTOS PRINCIPOLÓGICOS

O *concurso público* surge em meio ao *Constitucionalismo* do século XVIII⁵⁰, podendo-se apontar como seu marco principiológico fundamental o que vinha disposto no artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 27 de agosto de 1789, *in verbis*:

Art. 6º A lei é expressão da vontade geral. Todos os cidadãos tem direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger, quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e seus talentos.

Ficam claros nessa disposição, alguns dos princípios norteadores do novo Estado que se visava construir. Primeiro, a legalidade, tendo o povo na lei a sua salvaguarda contra a arbitrariedade do governante; e depois a igualdade, não podendo essa lei fazer distinção entre as pessoas. Esses dois princípios, no caso específico da seleção dos interessados em ocupar “empregos” na estrutura da administração, foram então contemplados através de um critério neutro (impessoal) de seleção, qual seja, o grau dos “talentos”, da “virtude”, da “capacidade” dos interessados.

⁵⁰ É preciso ressaltar, contudo, que muito antes do seu surgimento no mundo ocidental, a operacionalização de um sistema objetivo que privilegiasse o mérito dos candidatos ao serviço público já se fazia presente no século IX, no oriente – mais precisamente durante a dinastia chinesa Tang. Esse teria sido, segundo o historiador Paul Kennedy, um dos principais fatores responsáveis pela pujança do Estado chinês, verificada entre os séculos X e XIII, período que ficou conhecido como a “idade de ouro”. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana. Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte, Forum, 2009; p.306.

Essa concepção, que representa a mudança paradigmática operada com o advento do concurso público, forma a base, ainda presente, do seu conceito atual, como se pode observar, por exemplo, na definição de Hely Lopes Meirelles:⁵¹

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, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Veja-se, então, a relação que se estabelece entre os princípios da legalidade e da impessoalidade⁵² como garantia da moralidade, e a absorção mais atual do princípio da eficiência, contemplando a ideia de que não só o concurso público serve para garantir o amplo acesso aos cargos públicos, mas que *selecionando-se os melhores candidatos, através da aferição de suas aptidões pessoais*⁵³ ele se constitui em vetor do aperfeiçoamento da Administração.

Cumprir observar, portanto, que o próprio conceito do concurso público é tradução de alguns dos princípios norteadores da Administração Pública como um todo. Embora existam outros princípios, específicos e gerais, que também se constituem em requisitos e finalidade do concurso público, fica evidente a partir do referido conceito (e, em geral, da doutrina) que o respeito aos princípios da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade* e da *eficiência* se constitui no próprio substrato do instituto do Concurso Público.⁵⁴

Conhecer o concurso público, portanto, em muito significa corretamente associá-lo a esses princípios, dos quais ele é não mais do que mero instrumento. Para tal é imprescindível previamente conhecê-los, entendendo que valores protegem e quais finalidades se destinam.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

⁵² Derivado do princípio da igualdade. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009; p. 82.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; p. 515.

⁵⁴ São todos princípios expressos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal (juntamente com o também relevantíssimo princípio da *publicidade* que aqui não se dá destaque somente em razão de seu conteúdo não servir diretamente às finalidades do trabalho) e que o constituinte destacou como linhas mestras da atividade administrativa.

3.3.1 Legalidade

O princípio da Legalidade nasce justamente desse contexto de criação do Estado de Direito, constituindo-se em um dos seus pressupostos mais elementares. Esse princípio se reflete na garantia dos direitos individuais, na medida em que é a lei que os estabelece – assim como os casos em que o seu exercício é restringido.⁵⁵ No campo privado, portanto, o princípio da legalidade representa a liberdade para agir até os limites legalmente impostos. Em contraponto, à Administração Pública só é permitido atuar quando expressamente autorizado em lei. Dessa forma, o princípio da legalidade constitui a diretriz básica da atuação administrativa.⁵⁶

Transcorridos dois séculos da sua concepção (ocorrida em meio a um contexto completamente diverso do atual), contudo, esse princípio passa a ter uma interpretação mais ampla. Atualmente, ele tem sido concebido como o dever da Administração em pautar a sua atuação não só pela lei, mas acima disso pelo Direito. Significa dizer que não se trata o Direito Administrativo de mero conjunto de regras legais, concepção esta que subestimaria a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo.⁵⁷ Nas palavras de Juarez Freitas, “A legalidade devidamente temperada requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo normativo estrito.”

No que diz com o instituto do concurso público, o princípio da legalidade está fortemente associado à figura do *edital*, relação esta que se traduz na consagrada máxima de que “o edital é a lei do concurso público”.⁵⁸ É ele o ato inicial que convoca os interessados, institui as regras do certame e vincula todos os atos posteriores (*princípio da vinculação ao edital*). Através dele, também, busca-se preservar o caráter de *objetividade* – talvez a principal característica desse sistema de seleção – com o pré-estabelecimento dos critérios de julgamento e correção das provas futuras (*princípio do julgamento objetivo*).⁵⁹

⁵⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; p. 18

⁵⁷ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009; p. 70-82.

⁵⁸ Também sendo ele o principal e inicial instrumento de publicidade do concurso. MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício. **Concurso público e constituição**. Forum, Belo Horizonte, 2007. p.144

⁵⁹ MAIA, Marcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 38-41

Por todas essas razões, seria lícito concluir que o controle de legalidade do concurso público ficasse diretamente associado ao grau de consonância entre o edital e os demais atos do procedimento. Não se podendo olvidar, é claro, de que o próprio conteúdo do edital também está subordinado à lei formal, não podendo ele estabelecer exigências cuja competência seja somente desta.⁶⁰

Sob uma perspectiva mais ampla e atual do princípio da legalidade, contudo, nos termos já expostos no primeiro capítulo, seus reflexos não seriam somente esses. Em que pese a Administração estar exercendo competência legalmente a ela atribuída e gozar de discricionariedade para estabelecer as regras do edital, ela nunca terá legitimidade para contrariar princípios a ela superiores – situados no mesmo patamar hierárquico da legalidade – também disso não podendo se afastar os demais atos que a ele sucederem.

Em síntese, quer-se dizer que não se pode mais hoje conceber o princípio da legalidade – cujo rigor interpretativo foi de extrema importância dentro contexto em que foi concebido – isolado de uma análise sistemática do Direito, concepção esta que tem implicações diretas no instituto do concurso público. Compreender isso resulta em se questionar quanto à legitimidade do concurso, numa investigação que vai além da mera interconexão dos seus atos com as disposições editalícias.

3.3.2 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade⁶¹ surge no Brasil, sob essa denominação, na Constituição de 1988. Ele deriva do princípio geral de *igualdade* (previsto no caput do artigo 5º da Constituição) que assegura a todos igual tratamento perante a lei e veda *toda e qualquer discriminação antijurídica, negativa e atentatória dos direitos fundamentais*. É também por esse princípio que, por outro lado, se justificam as discriminações positivas, que visam a reduzir desigualdades, nos moldes do que prevê o artigo 3º da Constituição.

Essa dupla funcionalidade do princípio é uma tradicional exigência do próprio conceito de Justiça – o tratamento igual para os iguais, e desigual para os

⁶⁰ Fator que, na verdade, restringe pouco a liberdade para estabelecer suas regras, haja vista não haver legislação específica prevendo normas relativas ao Concurso Público, tema que será melhor abordado mais adiante.

⁶¹ Podendo também ser chamado de *imparcialidade*. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009; p . 82.

desiguais, na medida em que estes se desigalam. Ao fim, o que realmente se protege não são propriamente os indivíduos (o que ofenderia o princípio), mas certas finalidades, consubstanciadas nos princípios e objetivos fundamentais da Constituição e, portanto, acolhidas pelo Direito.⁶²

Com efeito, no âmbito do Direito Administrativo, onde segundo Aloísio Zimmer Júnior o princípio da igualdade ganha o nome de *impessoalidade*, ele costuma ser tratado juntamente com o princípio da *finalidade* – isto quando não são tratados como sinônimos.⁶³ Essa relação se dá porque o objetivo de toda atividade administrativa é contemplar o *interesse público*, o que não se coaduna com a persecução de interesses particulares – situação esta que inevitavelmente configuraria *desvio de finalidade*, por desrespeito ao princípio da impessoalidade.⁶⁴

Se por um lado a impessoalidade reflete na atuação da Administração, norteando todas as ações que se dirijam aos administrados, por outro, diz diretamente com a figura do agente público. Isso acarreta que os atos e provimentos administrativos não sejam imputáveis propriamente ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade cuja vontade esteja sendo manifestada pelo seu intermédio.⁶⁵ Por esse mesmo princípio, não podem ser associáveis, de qualquer forma, às pessoas dos titulares dos cargos públicos a publicidade de programas, obras e campanhas governamentais, pois não se tratam de realizações suas, mas das entidades públicas que eles representam.⁶⁶

Em perfeita congruência com essa concepção impessoal do agente público é que se apresenta o procedimento do concurso público – provavelmente o melhor exemplo da aplicação da impessoalidade na Administração Pública, usado como ilustrativo do princípio pela maioria dos autores de Direito Administrativo.^{67 68} O concurso se presta a garantir ao cidadão o seu direito fundamental de acesso ao

⁶² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ed. São Paulo; Atlas, 2003; p. 64

⁶³ ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008; p. 97-102.

⁶⁴ Ítem 2.3.1 deste trabalho.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67.

⁶⁶ Art. 37, §1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (...).

⁶⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto chega a dizer que o concurso público é a “sacralização” da impessoalidade na admissão de servidores públicos, o que demonstra a importância do princípio para o seu fundamento. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005; p. 293.

⁶⁸ Juntamente com o instituto da licitação, previsto na lei 8.666/93, com quem o concurso público compartilha muitos dos seus princípios.

serviço público sem discriminações desarrazoadas, sendo aceitáveis, apenas, aquelas exigências necessárias e inquestionavelmente convenientes para o desempenho das funções do cargo em disputa, estas alinhadas com o princípio da finalidade – o *interesse público*.⁶⁹

Dessa forma, colocados todos em situação de igualdade, terão igual chance de acesso todos os interessados em ocupar os cargos públicos. Somente assim se poderá falar que são, de fato, públicos, pois preenchidos sem atenção à pessoa do ocupante, mas apenas aos seus méritos no certame que os admitiu. Entretanto, para tal, é indispensável que se dê atenção ao já referido princípio do *juízo objetivo*, que garantirá igual medida para todos os pretendentes.

3.3.3 Moralidade

O princípio da moralidade é certamente um dos princípios constitucionais de mais difícil conceituação. Em verdade, para alguns autores ele nem mesmo existe, seja por considerarem-no mero integrante do princípio da legalidade, seja em razão da sua imprecisão teórica. Essa dificuldade em identificar o seu conteúdo, todavia, não parece ser justificativa suficiente para negar-lhe a existência.⁷⁰

Por primeiro, é bem de ver que é a própria Constituição de 1988 que destaca o princípio da moralidade, elencado-o paralelamente à legalidade, no *caput* do artigo 37.⁷¹ Disso já seria possível inferir não se tratarem de coisa idêntica, como não o são também os demais princípios ali previstos, ou quaisquer outros dispostos na Constituição. Certo é que os princípios, objetivos e direitos fundamentais estão mutuamente relacionados, o que não significa dizer que em sendo algum violado, automaticamente, outros também o sejam.⁷²

Isso porque, por mais interconectados que possam ser, cada princípio possui um núcleo próprio, com eficácia imediata, independente. No caso da moralidade não poderia ser diferente, em que pese essa identificação possa ser, de fato, complicada, na medida em que a própria separação entre Moral e Direito, como

⁶⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 91-120.

⁷⁰ BITTENCOURTT, Marcus Vinicius Correa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO (Coord). **Direito Administrativo contemporâneo: estudos em memória do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Forum, 2004. p.213.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008; pg. 77.

⁷² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 157.

um todo, já é problemática.⁷³ Seja como for, não se pretende, aqui, adentrar demais nessas questões, o que demandaria um aprofundamento filosófico, o que não é a finalidade do trabalho. Parece suficientemente clara e lógica a existência de um conteúdo próprio desse princípio, que é independente e complementar aos demais princípios.

Em suma, significa dizer que não basta o agir administrativo estar alinhado com a lei, apenas, mas também de acordo com um padrão ético, construído a partir do *senso moral médio superior da sociedade*. Por padrão ético, entende-se a exigência de se tratar ao “outro” da maneira honesta, leal e virtuosa que se apreciaria ser tratado, ou seja, somente permitindo-se as condutas que puderem ser universalizáveis, que servirem de reforço positivo a esses mesmos valores. No caso da Administração, este “outro” é a sociedade inteira, situação que vincula seus atos ao conjunto dos referenciais valorativos constitucionais.⁷⁴

Tão consonantes os conceitos de moralidade, valores constitucionais e concurso público que Diógenes Gasparini⁷⁵ chega a dizer que estaria justificada a sua obrigatoriedade mesmo que não houvesse previsão constitucional ou legal, mas por decorrência direta do princípio da moralidade administrativa (juntamente com o princípio da igualdade). Essa estreita relação que se estabelece entre o princípio da moralidade e o concurso público também pode ser verificada na previsão contida no artigo 11º, inciso V, da Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal 8.429/92.⁷⁶ Nela, explicita-se que atenta contra os princípios da Administração – contra a honestidade, a lealdade, a imparcialidade – o ato que frustrar a licitude do concurso público.

Mais do que isso, conferir moralidade ao concurso público é primar pela absoluta *boa-fé* na sua preparação, realização e controle, respeitando-se a

⁷³ BITTENCOURTT, Marcus Vinicius Correa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO (Coord). **Direito Administrativo contemporâneo: estudos em memória do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 214-219.

⁷⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p 87-90.

⁷⁵ GASPARINI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 21.

⁷⁶ *Probidade*, subprincípio da moralidade, trazido na referida lei como especificação de atos inequivocamente desonestos. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 166.

confiança que lhe é destinada pelo cidadão.⁷⁷ É nesse sentido que, atualmente, está consolidado o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que tem efetivo direito a nomeação o candidato classificado dentro no número de vagas previsto no edital, até o término da validade do concurso.⁷⁸

⁷⁷ Segundo José Guilherme Giacomuzzi, a boa-fé, que em síntese resulta na proteção da confiança, é princípio originário do Direito Privado, absorvido pelo Direito Público e representa uma das dimensões da moralidade administrativa. GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo; Malheiros Editores, 2002; p. 237-239.

⁷⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à

Assim, não se pode admitir o desrespeito às regras a que se sujeitam candidatos e Administração, impostas no edital, mas também qualquer comportamento que venha a ferir esse padrão ético que se exige do Poder Público.⁷⁹

3.3.4 Eficiência

No dizer de Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência é aquele que exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, não podendo contentar-se em ser desempenhada apenas de acordo com a legalidade, mas sim proporcionando resultados positivos para o serviço público e atendendo de maneira satisfatória as necessidades da comunidade.⁸⁰

É o mais moderno dos princípios expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição, só vindo a ser inserido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.⁸¹ Muito antes disso, porém, ele já vinha sendo destacado pela doutrina brasileira, tendo sido positivado em países sulamericanos tais como Argentina, Uruguai e Peru (ainda que sob o nome de *eficácia*⁸², nas Leis

nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314)

⁷⁹ MOTTA, Fabrício. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabrício. **Concurso público e constituição**. Forum, Belo Horizonte, 2007. p. 146.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ed. São Paulo; Malheiros Editores, 1999. p 101.

⁸¹ Embora constasse, sem grande realce, no Decreto-Lei 200 de 1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal e estabelecia diretrizes para a reforma administrativa ali prevista. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. A ética na administração pública. In: FORTINI, Cristiana. **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte, Forum, 2009; p. 455.

⁸² É importante fazer a ressalva de que, no rigor conceitual, não são sinônimos a *eficiência* e a *eficácia*. Segundo Juarez Freitas, o princípio da *eficiência* guarda maior relação com os meios empregados, ao passo que a *eficácia* se verifica em função dos resultados obtidos – se foram ao fim atendidos os princípios, objetivos e direitos previstos na Constituição. Todavia, esses dois princípios, juntamente com o princípio da *economicidade*, estão intimamente conectados, tanto que é comum serem tratados em conjunto, e até mesmo indistintamente. Aqui estão sintetizados sob o título da *eficiência*, para dar mais agilidade ao trabalho. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 125.

de Procedimento Administrativo), e alçado a princípio Constitucional na Espanha, ainda no ano de 1976.

No Brasil, a sua inclusão na Constituição se deu em meio a um processo de transformação da Administração Pública Federal, iniciado na década de noventa, que intentava superar o *modelo burocrático* de sua estrutura através da absorção de conceitos administrativos mais modernos, oriundos do chamado *modelo gerencial* de Administração Pública.⁸³ “Uma Administração Pública *eficiente*” era o título do sexto caderno do já extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que entre os seus objetivos visava a permitir que a Administração Pública pudesse oferecer mais serviços ao cidadão e com mais qualidade.

Para o fim de se alcançar esses resultados, ou seja, a maximização da quantidade e qualidade dos serviços prestados pela Administração, Maria Silvia Zanella de Pietro⁸⁴ entende que o princípio da eficiência, na realidade, desdobra-se em dois aspectos: o primeiro dizendo respeito ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública; o segundo, relativo diretamente ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível das suas atribuições.

Com relação ao primeiro aspecto, pode-se apontar, conforme observa Diógenes Gasparini⁸⁵, que é dever da Administração pôr fim a situações que estiverem, numa análise de custo-benefício, apresentando resultados desastrosos ao Estado. Devem, nesse caso, ser extintos órgãos e entidades, bem como remanejados servidores, para o fim de melhor servirem aos interesses da coletividade, com o menor dispêndio possível de dinheiro público.⁸⁶

⁸³ Segundo o que traz João Batista Gomes Moreira, seriam três os modelos evolutivos da administração pública: patrimonialista, burocrático e sistêmico (gerencial). O primeiro seria caracterizado pela confusão entre a vontade e a propriedade pessoais do administrador com o interesse e o patrimônio públicos; no segundo, haveria a instituição de regras rígidas, a fim de sanar aqueles vícios; e no terceiro, por fim, haveria maior flexibilidade, tendo na eficiência a referência para as ações do administrador. MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência dos concursos públicos. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007; p.122-129.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 82.

⁸⁵ GASPARINI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007; p. 22.

⁸⁶ Aqui se verifica a estreita relação existente com o princípio da *economicidade*, que especificamente veda o despedício. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 125

Da mesma forma, seria atentatório ao princípio da eficiência, conforme observa Juarez Freitas⁸⁷, que fossem construídas novas escolas e hospitais ao mesmo tempo em que, por simples desídia da administração, fossem “sucateados” outros já existentes. Também aí poderiam ser inseridos os contratos voltados a objetivos de curto prazo, licitações apressadas ou longas demais, ou ainda, a adoção de modalidades licitatórias notadamente ineficientes, entre outros vícios institucionais comuns que corroem os já escassos recursos públicos.

Seguindo na divisão sugerida por Di Pietro, um segundo aspecto do princípio da eficiência seria relativo ao agente público, propriamente – se de um lado se requer uma eficiência estrutural, institucional, organizacional, não menos importante é o papel do servidor em si, da qualidade que ele agrega ao serviço como um todo.

Para tanto, conforme destaca Romeu Felipe Bacellar Filho⁸⁸, é fator imprescindível a profissionalização do servidor público, sendo justamente esse um dos pontos fortes da reforma administrativa de 1998. Fica demonstrada essa preocupação ao longo do artigo 39 da Constituição, nos dispositivos inseridos pela Emenda 19, que preveem a criação de Escolas de Governo para formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos; a destinação de recursos orçamentários para aplicação em programas de qualidade, produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público; a obrigatoriedade da avaliação de desempenho como condição de aquisição da estabilidade; entre outros.

No entanto, provavelmente o mais importante instituto previsto na Constituição no sentido de garantir a eficiência do aspecto humano do serviço público seja justamente o *concurso público*. O próprio Bacellar Filho, adjetiva como “notória” a sua relação com a profissionalização da função pública, na medida em que é ele que faz a conexão do princípio da *acessibilidade* aos cargos e empregos públicos com do princípio do *mérito*.

Nesse passo, atrelar o concurso público única e exclusivamente ao princípio da legalidade seria, de certa forma, mantê-lo estagnado a um modelo de Administração

⁸⁷ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; p. 127.

⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. A ética na administração pública. In: FORTINI, Cristiana. **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte, Forum, 2009. p. 451-466

burocrático e formalista, indiferente quanto aos resultados dos seus procedimentos.⁸⁹

Por outro lado, garantir que o concurso público seja apto a bem aferir os conhecimentos técnicos necessários ao exercício dos cargos aos quais se destina, e efetivamente promover o aperfeiçoamento do material humano disponível, constitui-se em requisito de eficiência da própria Administração Pública, circunstância a qual o Estado atual já não pode mais ignorar.

3.4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Expostos os princípios fundamentais e o contexto em que foi idealizado o concurso público, seguindo na linha proposta por Diógenes Gasparini, passo à análise da sua previsão no direito positivo – chamada pelo autor de *fundamento constitucional e legal* do concurso público.⁹⁰

A introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro se deu na Constituição de 1934, que determinava a aplicação de concurso de provas ou de títulos (além de exame de sanidade) para a primeira investidura em postos de carreira das repartições administrativas.⁹¹ A primeira modificação veio com a Constituição de 1967/69, que extinguiu o concurso apenas de títulos, mantendo, contudo, a sua exigibilidade restrita à primeira investidura dos cargos de carreira.⁹²

Com o advento da atual Constituição Federal, veio a universalização do concurso para cargos e empregos públicos⁹³, de todas as esferas, e a extinção do instituto da ascensão funcional⁹⁴, uma vez que, ao contrário das anteriores, nesta o

⁸⁹ MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência dos concursos públicos. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 128.

⁹⁰ Diógenes Gasparini, em seu estudo, afirma serem três os fundamentos que legitimam a exigência do concurso de ingresso de pessoal na Administração Pública direta, autárquica, fundacional e empresarial de qualquer nível de governo, *principiológico, constitucional e legal* – separação que aqui se adota para fins de clareza e organização na exposição da matéria. GASPARI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007.

⁹¹ Art. 170. §2º. (CF1934)

⁹² Art. 95 §1º (CF 1967/69)

⁹³ Universalização esta que em face das exceções constitucionais não é absoluta, conforme ensina Adilson Abreu Dallari, *apud* GASPARI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 24.

⁹⁴ Entendimento que ficou definitivamente assentado na súmula nº 685, do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia

constituente não limitou a aplicação do concurso público apenas à primeira investidura, conforme se observa no seu artigo 37, inciso II:

Art. 37. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Ficaram excluídos da exigência da aplicação do concurso público, segundo esse dispositivo, apenas os cargos em comissão, titularizados por servidores da *confiança* das autoridades nomeantes. Esses cargos se submetem ao sistema da *livre nomeação*, o qual (como já referido no ponto 3.1 deste trabalho) peca por deixar muito espaço a favorecimentos ilegais, sem qualquer garantia da observância de critérios técnicos na seleção dos servidores, razão pela qual deve ter seu uso restringido.⁹⁵

Ademais, dispõe o inciso IX, do mesmo artigo 37, que também não é exigível o concurso para o recrutamento de servidores temporários, mas isto somente em caso de haver situação de excepcional interesse público.⁹⁶ E, por fim, também não está sujeito ao concurso o provimento de alguns cargos vitalícios dispostos ao longo da Constituição: os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União (e os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados) e um quinto dos desembargadores dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, oriundos do Ministério Público e da advocacia, integrantes do chamado “quinto constitucional”.⁹⁷

Apesar dessas excepcionalidades, fica clara a proeminência conferida ao concurso público pela Constituição, exigindo-o para a quase totalidade dos cargos e empregos públicos da Administração Direta e Indireta – como não poderia deixar de ser, haja vista os demais fundamentos já aqui expostos.

aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

⁹⁵ Com efeito, ultimamente, em atenção ao princípio da moralidade, esse sistema tem absorvido mecanismos de impedimento desse tipo de conduta, como é o caso da vedação do nepotismo. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 577

⁹⁶ Caberá à lei regular essa categoria. Na esfera federal, é a Lei nº 8.745/93, que prevê processo seletivo simplificado para a contratação desses servidores art. 3º.

⁹⁷ Arts. 101, *único*; 104, *§ único*; 73, *§ 1º e 2º*; e 94 da Constituição Federal.

Essa relevância dada pela Constituição, contudo, não tem se refletido na mesma proporção na edição de leis específicas sobre o tema. Ainda não há, na esfera federal, legislação dispendo sobre qualquer aspecto relativo à operacionalização do concurso público, tais como condições para a sua deflagração, critérios para a constituição das bancas examinadoras, prazos, e tantos outros tópicos procedimentais de extrema importância para a sua concretização.⁹⁸

São poucas as regras objetivas uniformes no ordenamento brasileiro, e estas estão na própria Constituição, nos incisos I, III e IV, do artigo 37 (além do inciso II, já mencionado). Constam aí o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos (a todos os brasileiros e aos estrangeiros, na forma da lei), o prazo de validade (de dois anos, prorrogável uma vez por igual período), e a prioridade de convocação conferida aos aprovados em concurso com prazo de validade ainda não encerrado (sobre novos concursados).

A Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores federais, em seu artigo 10º, ao mencionar o concurso público, nada acrescenta a essas regras. Os requisitos mínimos para o ingresso em cada carreira pública constam das suas leis específicas, como é o caso da Lei 11.416/06, que estabelece as regras relativas aos servidores do Poder Judiciário da União.^{99 100} No entanto, não há lei dispendo especificamente sobre as normas gerais da aplicação dos concursos.

Cumpra observar, contudo, que não há restrição constitucional expressa relativa à competência para legislar sobre a matéria. Entende-se, então, não haver impedimento à edição de leis por Estados e Municípios regendo os concursos públicos para provimento dos cargos e empregos das suas estruturas administrativas.¹⁰¹ No entanto, da mesma forma que na esfera federal, é escassa a legislação nesses âmbitos.

⁹⁸ MAIA, Marcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.13

⁹⁹ No artigo 8º estabelece os graus mínimos de escolaridade para as carreiras de Analista, Técnico e Auxiliar Judiciário.

¹⁰⁰ No caso dos juízes e promotores, novamente, constam determinações na própria Constituição – exigência de três anos de atividade jurídica do bacharel em Direito e participação da OAB em todas as fases do Concurso, conforme o que dispõem os artigos 93, inciso I, e 129, § 3º, da Constituição Federal.

¹⁰¹ GASPARINI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 21.

Na verdade, o que tem ocorrido – tanto na esfera federal, como na estadual e municipal – é a edição de regras gerais pelo próprio Poder Executivo. No âmbito federal, vigorava a Portaria nº 50/02, do Ministério do Orçamento Planejamento e Gestão e, recentemente, veio a publicação do Decreto nº 6.499/09, que estabeleceu normas gerais para os concursos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. No que diz com Estados e Municípios tem ocorrido da mesma forma, vigendo decretos com regras próprias a cada um desses âmbitos.¹⁰²

Sem adentrar na questão da legitimidade do Poder Executivo em regulamentar essas questões (pois parece mais adequada a edição de leis, propriamente, oriundas do Poder Legislativo, sobre a matéria)¹⁰³ cumpre assinalar que, além da falta de uniformidade e de certeza jurídica que esta situação acarreta, não se veem contempladas nessas normatizações questões importantes, tais como o direito à nomeação (já reconhecido pelo STF), procedimentos de seleção de bancas organizadoras ou qualquer previsão acerca da questão tema deste trabalho.

Em suma, há nítida discrepância entre a importância do instituto do concurso público na estrutura do Estado, consubstanciada no seu relevo constitucional, e a sua normatização legal, ainda carente de clareza e uniformização.

3.5 NATUREZA JURÍDICA

Segundo a classificação de Celso Antonio Bandeira de Melo o concurso público ostenta a natureza de um procedimento administrativo externo, ampliativo, e de índole concorrencial. Externo porque deve ser aberto à coletividade; ampliativo, porque contempla o exercício de direitos constitucionalmente assegurados; e concorrencial, pois envolve competição entre os administrados.¹⁰⁴

Trata-se de um procedimento complexo, que não se perfectibiliza em um único instante. Pelo contrário, desde a sua deflagração até a sua homologação leva-se certo tempo, durante o qual diversos atos são realizados e decisões são tomadas, seguindo sempre uma sequência logicamente planejada e objetivando um fim originariamente determinado. O concurso, portanto, não é um ato, mas uma série

¹⁰² Como é o caso do Decreto Nº 43.911, que dispõe sobre as regras gerais dos concursos públicos no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁰³ Questão já há muito debatida e que começa a surtir efeitos, haja vista as recentes aprovações das leis 4.949/2012 do Distrito Federal e 5.396/2012 do Município do Rio de Janeiro.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009. p. 481.

de atos, interligados entre si, destinados a concretizar o mesmo objetivo final, qual seja, a seleção dos candidatos mais capacitados a ocupar os cargos e empregos públicos.¹⁰⁵

Embora seja classificado como procedimento externo, em sua origem há uma etapa de natureza inteiramente interna, restrita apenas ao âmbito da própria Administração Pública. É nessa fase que se faz o levantamento do número de cargos ou empregos vagos, bem como se verifica a necessidade de aumento desse número; realiza-se estudo relativo ao impacto dessas eventuais novas nomeações ou contratações (respeitando-se as limitações orçamentárias); constitui-se a banca examinadora; e são estabelecidos todos os pontos necessários à legalidade e à boa execução do concurso.¹⁰⁶ Ao fim, elabora-se uma minuta, a qual é submetida ao departamento competente para ajustes e posterior aprovação, do que resulta o *edital do concurso*.

Com a publicação do edital, abre-se a *etapa externa* do concurso de ingresso no serviço público, ou o *concurso público propriamente dito* – haja vista que a etapa interna precedente serve apenas como preparação desta. Como já mencionado, a partir da publicação do edital todas as demais fases e atos ficam vinculados ao que nele vier disposto. De qualquer forma, em regra, costumam vir, após essa fase de *abertura*, as fases do *deferimento ou indeferimento das inscrições*, da *realização das provas*, da *publicação dos resultados* e da *homologação*, esta última encerrando o procedimento.

Veja-se, então, o quão variado e complexo é o conjunto dos atos componentes do procedimento como um todo – cada qual cumprindo função específica e gozando de “relativa autonomia” em relação aos demais, a despeito da sua finalidade mediata comum. Na medida em que relativamente independentes entre si e destinados a objetivos imediatos próprios, é lícito concluir que haja variância no grau de discricionariedade em cada um desses atos ao longo do procedimento. Ou seja, não se pode avaliar o concurso público como um todo sob esse aspecto, sem que se faça distinção entre suas fases e atos.

¹⁰⁵ GASPARINI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 22

¹⁰⁶ Desde questões meramente logísticas, como datas e locais das provas, até a eleição das matérias a serem questionadas e os critérios de avaliação.

Assim, nunca perdendo de vista o contexto em que se insere, para os fins deste trabalho, é imprescindível conhecer a natureza própria da prova e de sua correção, a fim de corretamente classificá-los e, via de consequência, delimitar a viabilidade do seu controle pelo poder judiciário.

3.6 A PROVA E A SUA CORREÇÃO

Analisado lógica e coerentemente o instituto do concurso público, conhecidos sua origem e fundamentos principiológicos, constitucionais e legais, chega-se à conclusão de que é a *prova* o elemento nuclear de todo o sistema. É através dela que se concretiza o objetivo de selecionar os candidatos a partir do seu conhecimento (razão pela qual são comumente denominadas *provas de conhecimento*) esta que é a finalidade mesma do concurso público.¹⁰⁷

Essa circunstância reflete a sua obrigatoriedade, contrastada com o caráter apenas suplementar e eventual do concurso de títulos. Fosse o contrário, seriam injustamente prejudicados os candidatos que, por estarem em início de profissão, ainda não obtiveram titulação suficiente para garantir-lhes igualdade de competição com seus concorrentes. Mais do que isso, estaria aberta a porta para toda sorte de fraudes e favorecimentos, o que contrariaria integralmente os objetivos do concurso público e tudo o que ele representa.^{108 109}

Assim, recai essencialmente sobre a prova a responsabilidade de bem avaliar as capacidades dos candidatos, verificadas de acordo com as necessidades das funções singularmente consideradas, resultando na melhor escolha do ponto de vista do interesse público. Nessa senda, ganha sobrelevada importância o respeito ao princípio do julgamento objetivo (avaliação objetiva), garantidor da isonomia e da correta aferição do mérito dos concorrentes.¹¹⁰

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; p. 573.

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005; p. 293.

¹⁰⁹ Nesse sentido, ressalta José dos Santos Carvalho Filho a importância do respeito ao princípio da proporcionalidade na atribuição de pontos relativos aos títulos, nunca podendo servir para a reprovação dos candidatos. *Opcit ref 107*.

¹¹⁰ Juntamente com o princípio da *especialidade das provas*, que determina a eleição racional dos conteúdos cobrados, contemplando o objetivo do aperfeiçoamento do serviço público. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana. **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte, Forum, 2009; p. 325.

Essa objetividade, contudo, só pode ser efetivamente contemplada com a prévia fixação, por meio do edital, de todos os aspectos relevantes à avaliação. Ou seja, somente estando claros os conteúdos a serem cobrados, a bibliografia em que o estudo deve ser embasado e todos os demais critérios e procedimentos avaliativos, se poderá falar em julgamento objetivo, pois de outra forma ele será aleatório, e conseqüentemente contrário aos princípios que fundamentam o instituto como um todo.

Assim, nem mesmo as provas discursivas ou orais¹¹¹ podem deixar de ser classificadas como provas objetivas, pois em igual medida estão sujeitas ao princípio do julgamento objetivo, e aos demais que regem todo e qualquer concurso público. É claro, somente nas provas de múltipla escolha é que poderá exigir objetividade absoluta, razão pela qual estas ganham o nome justamente de *prova objetiva*, o que não significa dizer, porém, que a objetividade esteja ausente nas demais formas de avaliação.

Pelo contrário, justamente por comportarem alguma subjetividade é que se impõe a prefixação de *balizas avaliatórias* (ou *matrizes de avaliação*)¹¹², com a devida justificação e a proporcional atribuição de pontos. No caso das provas discursivas, existe a figura do “espelho de prova”, instrumento que deve ser publicado logo após a realização da prova e conter o padrão de resposta esperado para cada questão, bem como o peso atribuído a cada um dos critérios de correção.¹¹³

No que tange à prova oral, esse espaço para subjetividade tende a ser ainda maior. Nela, diferentemente das demais, conhece-se a identidade do candidato, o qual é obrigado a expor suas características físicas e psíquicas em frente à banca examinadora. Não bastasse, anterior a isso pode ainda ocorrer sindicância revelando seu perfil social e econômico. Essas circunstâncias fazem da prova oral um campo fértil para perseguições e preconceitos de cunho político, ideológico,

¹¹¹ E da mesma forma todas as demais provas passíveis de serem exigidas em concurso público, como provas práticas de habilidade específica, de capacidade física, psicotécnicas e etc. MAIA, Marcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007; p.104-105.

¹¹² PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; p. 240.

¹¹³ Esta tem sido a prática corrente, por exemplo, na segunda fase do exame da Ordem dos Advogados do Brasil, organizado pela Fundação Getúlio Vargas.

religioso, racial e de qualquer outra ordem, bem como propicia o favorecimento ilícito daqueles que, por alguma razão, gozam da preferência dos avaliadores.¹¹⁴

Sobre o tema, escreveu o Procurador-Geral de Justiça do MPDFT, Roberto Schietti Machado Cruz¹¹⁵, em artigo publicado no ano de 1998:

A carência de objetividade em alguns concursos públicos atinge seu ápice na fase das provas orais, em que, amiúde, candidatos são eliminados por um único examinador, que, em uma espécie de entrevista particular, livre de qualquer controle interno ou externo, lança sua nota, dando ensejo à possibilidade de subjetivismo, perseguições e arbítrio na aferição do candidato.

Para obviar tal possibilidade, e em homenagem aos princípios da publicidade e da impessoalidade do ato administrativo, basta que se preveja a realização da prova oral não perante um único examinador, mas diante de toda a banca, ou, no mínimo, por dois de seus integrantes, preferencialmente com o uso de microfones, para que todos os circunstâncias sejam testemunhas da correção do exame, quebrando-se "... a suspeita de parcialidade e o subjetivismo implícito, próprios de um único examinador".

Além dessas medidas, impõem-se também o sorteio prévio dos pontos a serem abordados na prova, delimitando de forma objetiva o universo de conteúdos passíveis de serem cobrados; a vedação do seu caráter reservado, devendo a prova ocorrer em sessão pública, garantindo-lhe a transparência; e, por fim, a gravação da sessão (e se possível a sua filmagem) proporcionando a base para eventual discussão posterior quanto à pontuação atribuída ao candidato, também evidenciando a ocorrência de alguma outra irregularidade.¹¹⁶

Quer-se dizer, em suma, que embora em determinados casos, como no das provas discursivas ou orais, seja impossível alcançar a objetividade absoluta, todas as provas de concurso público, indistintamente, estão sujeitas ao princípio do julgamento objetivo, característica esta que é essencial ao instituto.

Assim, em que pese haver alguma discricionariedade na elaboração do edital e, em face deste, das questões de prova – fase essencialmente sujeita, entre outros, ao princípio da especialidade – no momento da correção da prova, efetivamente, já eleitos os conteúdos e elaboradas as questões, restará muito pouca

¹¹⁴ MAIA, Marcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007; p.114.

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.23546> Acesso em: 10/11/2012.

¹¹⁶ A previsão de gravação da prova foi inclusive contemplada pela recente lei geral dos concursos públicos editada no Distrito Federal (4.949/2012).

margem para um juízo discricionário por parte do avaliador, sob a ótica referida no primeiro capítulo deste trabalho. Esse é, sem dúvida, o ponto-chave da análise da viabilidade do controle judicial da correção das provas de concurso público.

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DA PROVA DE CONCURSO PÚBLICO – ORIENTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

4.1 O POSICIONAMENTO TRADICIONAL

Há muito se tem entendido a inviabilidade do controle jurisdicional sobre a correção das provas de concurso público. A fundamentação jurídica que comumente sustenta essa conclusão é a de que o juízo sobre o acerto ou o desacerto das questões formuladas em provas de concurso público, ou seja, a correção ou a incorreção das respostas dadas pelos candidatos, seria matéria relativa ao mérito do ato administrativo.¹¹⁷

Significa dizer que, segundo a orientação tradicional, haveria espaço para um juízo discricionário na elaboração dos gabaritos oficiais das provas de concursos públicos e na sua comparação com as respostas dadas pelos candidatos e, ainda mais do que isso, que esse juízo não seria apreciável pelo judiciário. Nesse sentido, a jurisprudência há muito tem usado a expressão de que “não cabe ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora nos critérios de correção de provas”, o que constituiria (na forma como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho) uma apropriação das funções administrativas.

É o entendimento tradicional, e ainda majoritário, a viabilidade de controle pelo judiciário apenas quanto à legalidade formal do certame, em face essencialmente das previsões editalícias.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVA OBJETIVA - NULIDADE DE ALGUMAS QUESTÕES - INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1 - Falece direito ao recorrente, Tabela de Notas do Ofício da Sede Municipal de Silveira Martins, de ver declarada, nesta seara, a nulidade das questões de nºs 31, 32 e 37 da prova objetiva do Concurso de Remoção para Notários e Registradores do Estado do Rio Grande do Sul. Isto porque, consoante reiterada orientação deste Tribunal, em concurso público, compete ao Poder Judiciário somente a verificação dos quesitos relativos à legalidade do edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a Banca Examinadora, proceder à avaliação das questões da prova objetiva, que, no presente

¹¹⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. n. 57. v.27. 2003. p.261.

caso, segundo o recorrente, não possui alternativa correta dentre as apresentadas. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

2 - Precedentes (REsp nº 169.219/RJ, MS nº 6.621/DF, ROMS nºs 8.067/MG e 11.267/RJ).

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

(RMS16.692/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 26/04/2004, p. 181)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÕES OBJETIVAS. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO À BANCA EXAMINADORA. LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

Não compete ao Poder Judiciário, atuando em verdadeira substituição à banca examinadora, apreciar critérios na formulação de questões, correção de provas e outros, muito menos a pretexto de anular questões e, principalmente, em sede de recurso especial. Limite de atuação.

Embargos rejeitados.

(EResp 338.055/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2003, DJ 15/12/2003, p. 179)

E no mesmo passo, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

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. (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)

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.

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

Cumpra observar, portanto, que há enorme receio na comunidade jurídica de que venha o judiciário a assumir as funções próprias da Administração Pública, partindo do pressuposto de que existe um juízo discricionário nos “conteúdos” e “critérios” adotados pelas bancas examinadoras na correção das questões de prova.

José Maria Rosa Tesheiner¹¹⁸, em artigo publicado no ano de , vai ainda além ao admitir que, de fato, existe uma relação de “falso ou verdadeiro” nos conteúdos cobrados em questões de prova de concurso público, com o que, seria forçoso, em face do que já foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho, considerar que isso pudesse ser emanção de poder, propriamente, discricionário. Tal circunstância, contudo, segundo o autor, também não justificaria o controle jurisdicional, conforme as suas próprias palavras:

É certo que a Administração Pública não tem o direito de manipular a verdade científica, afirmando certo o que é errado e falso o que é verdadeiro. Ocorre que o Judiciário não é o fórum adequado para a afirmação da verdade científica, ainda que na área jurídica.
(...)

Afirma-se a necessidade de o Judiciário reexaminar questões de concurso, como forma de coibir eventual arbítrio da Administração, como se o Judiciário tivesse o monopólio da virtude e da sabedoria e, fora dele, tudo fosse corrupção. Esquecem os que assim pensam, que se há arbítrio da Administração, também o há no Judiciário.

Portanto, não só existe o entendimento de que ao Judiciário é vedado interferir no mérito administrativo – que estaria, segundo os que defendem esse posicionamento, presente nesse caso – como também há quem defenda que, mesmo havendo a possibilidade de serem flagrantemente contrariadas verdades científicas, por meio da incorreta avaliação de provas de concurso, seguiria desautorizado o controle jurisdicional desses atos.

Com a máxima vênia, admitir tal entendimento seria elevar o receio da intromissão do Judiciário na seara administrativa ao ponto de se permitir a completa abusividade da Administração. Em face dessas incongruências é que se começa a ser construído um novo entendimento com relação ao tema.

¹¹⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. Poder judiciário e concursos públicos. **Revista da AJURIS**. Ago. 1992. p. 354-355.

4.2 A VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DAS PROVAS DE CONCURSO PÚBLICO

Provavelmente o primeiro jurista a colocar em cheque esse entendimento dominante, propondo um novo olhar sobre a natureza da correção das questões de prova de concurso público, tenha sido Almiro do Couto e Silva¹¹⁹, sustentando seu entendimento no fato de que não haveria discricionariedade, no sentido material da palavra, no momento da correção das questões de prova. Conforme o exposto nos pontos 1.3.2 e 1.3.3 deste trabalho, ensina Couto e Silva, haveria de estar enquadrado esse ato na categoria da apreciação técnica, que se ampara na lógica dos conceitos jurídicos indeterminados, amplamente sindicáveis pelo Judiciário.

Aprofundando a questão, o referido autor vai ainda além, ao assinalar que, embora não seja este um caso de exercício de poder discricionário, ainda que o fosse, tal não poderia ser justificativa para a omissão por parte do Poder Judiciário, conforme as suas palavras:

Por outro lado, mesmo nos casos de discricionariedade em sentido próprio, o direito italiano, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, a tem consideravelmente restringido mediante a singular feição que assumiu, no direito peninsular, o excesso de poder. Este se expressaria, por exemplo, nas hipóteses de “injustiça manifesta”, de “manifesta irracionalidade” ou de “macroscopiche illogicità” da escolha discricionária, entre outras situações em que ressalte a falta de razoabilidade da medida. Com a razoabilidade, ligam-se, também, as noções de congruência, adequação e proporcionalidade. Todas elas são balizas postas à ação administrativa discricionária, as quais implicam ampliação do controle jurisprudencial sobre a discricionariedade, seja administrativa, seja técnica. Esse tratamento diferenciado, particularizado, diríamos até matizado que o direito estrangeiro, especialmente o alemão, o francês e o italiano, vêm dando às hipóteses que versam matéria de controle jurisdicional de atos administrativos de exercício de poder discricionário ou de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, curiosamente não tem tido maior influência sobre as decisões dos tribunais brasileiros quando se pronunciam sobre a revisão judicial das correções de provas de concursos públicos.

Insurge-se o autor, em última análise, contra a hipótese da inviabilidade de se revisar a discricionariedade administrativa inclusive nos casos de erro manifesto, o que, no caso das provas de concurso público é plenamente verificável a partir dos esclarecimentos técnicos aos quais pode se socorrer o judiciário dentro do processo. Ou seja, não poderão os resultados das provas se distanciarem injustificadamente

¹¹⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. n. 57. v.27. 2003; p 261-276.

do estado atual da ciência, da técnica e das artes, cumprindo à Administração manter sua conduta dentro uma “margem de apreciação” racional (conforme raciocínio exposto no ponto 1.3.2 deste trabalho, a partir da teoria de Fernando Sainz Moreno, trazida por Luis Manuel Fonseca Pires).

Nesse sentido, o autor cita Jacqueline Morand-Deville¹²⁰:

Nas áreas onde ela dispõe de um poder discricionário, à administração se reconhece um poder para errar, “a power to err”, como dizem os administrativistas anglo-saxões. Mais exatamente, uma certa dose de imprecisão lhe é concedida. A oportunidade das escolhas é apreciada com tolerância e a margem de liberdade é tanto maior quanto forem numerosas as alternativas oferecidas. Mas há um limiar que não pode ser ultrapassado. Se a decisão em causa pode prestar-se à discussão, ela não poderá desafiar o bom senso e a lógica a ponto de atingir o absurdo. O erro manifesto é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser identificado por qualquer leigo. Dispor de poder discricionário não autoriza a administração a fazer o que bem entende. O erro de apreciação é tolerado pelo juiz, o erro manifesto é censurado.

Os raciocínios trazidos por Couto e Silva, em grande medida, assemelham-se ao que demais se verifica na atual doutrina relativa ao tema. Fábio Medina Osório,¹²¹ tratando especificamente de provas objetivas relativas a conhecimento jurídico, assim se posiciona:

(...) precisamente, a Ciência Jurídica e as fontes formais do Direito constituem os limites técnicos à discricionariedade da Banca Examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Se existem limites técnicos, esses limites podem e devem ser controlados e fiscalizados pelo Judiciário. Por isso, quando a jurisprudência menciona a expressão “discricionariedade técnica”, há que se considerar a inarredável presença dos limites técnicos às liberdades de escolhas, pena de esvaziar-se o sentido lógico dessa espécie de discricionariedade, que é mais limitada que outras modalidades. Essa discricionariedade não é pura, mas sim técnica, o que revela a sua maior limitação frente à ciência e aos paradigmas técnicos de controle e qualidade.

A objetividade da prova de concurso público, contudo, não é elemento exclusivo da prova de múltipla escolha, embora nesta ele seja, de fato, mais pronunciado (conforme exposto no ponto 2.6 deste trabalho). Assim, todas as justificativas válidas para as provas ditas objetivas devem valer também para as

¹²⁰ MORAND-DEVILLE Jacqueline. Cours de Droit Administratif *apud* COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. n. 57. v.27. 2003; p. 274.

¹²¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Revista Diálogo jurídico *apud* CAMMAROSANO, Marcio. Concurso público. Avaliação de provas. Vinculação ou discricionariedade? In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2ed. Belo Horizonte. Forum, 2007. p. 178.

demais, como as provas dissertativa e oral, pois o fundamento do controle jurisdicional é o mesmo para todas.

É com essa conotação que Paulo Roberto Ferreira Motta e Raquel Dias da Silveira,¹²² em seu estudo sobre o concurso público, alertam para o fato de que “admitir que existe discricionariedade e subjetividade na elaboração e na correção das provas de concurso público é olvidar do caráter impessoal e objetivo do certame”. Assim, não calha a justificativa de que seria inviável o controle jurisdicional das provas dissertativas ou orais, por não ser possível a sua redução a um grau satisfatório de objetividade, pois se isto não for possível não se estará falando de concurso público.

É por essa razão que se impõe a elaboração das chamadas “matrizes” ou “balizas” de avaliação, aludidas no ponto 2.6 deste trabalho, visando à maior objetividade possível da correção das provas. Nesse sentido, o entendimento de Luis Manuel Fonseca Pires:¹²³

Por uma matriz são definidos os tópicos de abordagens e a importância de cada qual para a atribuição de notas. Por exemplo, se um concurso para procurador de município pede ao candidato que discorra sobre o “desvio de finalidade”, deve haver uma matriz a elencar tópicos necessários de abordagem, como a evolução histórica do instituto, a definição, as espécies, a análise sob a ótica das funções legislativa e administrativa etc.

(...)

Não defendemos, e fazemos questão de esclarecer, que o Judiciário se torne uma instância de revisão de provas de concursos públicos. Mas defendemos, isto sim, que não há sentido em acreditar que as fases dissertativa e oral representam algum campo mágico de absoluto isolamento da Administração e impensável aproximação do controle judicial. Toda e qualquer prova de concurso depende – deve depender – de uma matriz de avaliação com os tópicos de uma resposta ideal, mesmo quando, em razão da especificidade da área, exijam-se elementos eminentemente subjetivos, como “criatividade”, “originalidade”, etc., o que permite em casos extremos, de manifesta perseguição, favoritismo e arbitrariedade, aja o Judiciário em cumprimento de sua função de recomposição da ordem jurídica violada.

Todas essas inovadoras, e racionalmente fundamentadas, concepções doutrinárias quanto ao controle jurisdicional da correção da prova de concurso público, contudo, ainda têm redundado em muito pouca produção jurisprudencial nesse sentido. Parece existir, muito em razão deste adensamento doutrinário, uma

¹²² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana. **Servidor público**: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte, Forum, 2009. p. 324.

¹²³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 239-241.

tendência à reversão desse panorama. Exemplo disso, o já mencionado reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 632.853, e julgados como os que seguem:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. POSSIBILIDADE. LIMITE. VÍCIO EVIDENTE. ERRO MATERIAL INCONTROVERSO. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção de provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame.

2. Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público (exame de ordem) que possa causar dúvida, como é o caso, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes.

3. Recurso especial não-provido.

(REsp 731.257/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 05/11/2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. RECURSOS INTERPOSTOS DE PROVA DISCURSIVA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO UTILIZADO POR BANCA EXAMINADORA, PARA REVISÃO DA QUESTÃO IMPUGNADA, EM DESCONFORMIDADE COM A FORMULAÇÃO CORRETA DA RESPOSTA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE DE NULIDADE PARCIAL DA QUESTÃO DISCURSIVA.

1. A resposta da Banca Examinadora não pode destoar dos critérios de correção divulgados, de forma expressa, no espelho da avaliação da prova discursiva, pois tal incongruência acarreta a nulidade parcial ou total da referida questão.

2. O princípio da razoabilidade deve nortear a motivação da apreciação subjetiva da Administração Pública, devendo, portanto, ser factível, razoável e verdadeira.

3. Agravo de instrumento improvido.

(PROCESSO: 200405000178337, AG56596/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 10/08/2006, PUBLICAÇÃO: DJ 25/09/2006 - Página 734)

Por derradeiro, cumpre assinalar que todo o controle jurisdicional sobre a atividade administrativa se funda não própria e unicamente da lei, mas do Direito enquanto sistema integrado de regras e princípios que, ao fim e ao cabo, objetivam concretizar o direito à boa administração pública. O controle sobre o concurso público, e especificamente sobre a prova, não pode ignorar essa circunstância e,

nesse sentido, vale transcrever o arremate dado por Marcio Cammarosano,¹²⁴ em seu estudo:

Enfim, as questões que, exemplificativamente, acabamos de levantar evidenciam que os concursos públicos ostentam aspectos sindicáveis quanto à legalidade muito mais numerosos do que nossos juízes e tribunais via de regra têm admitido, não obstante comportarem, os concursos, alguma margem de liberdade ao administrador público no que concerne especialmente à elaboração do edital, preparação de provas, definição de programas e matérias, elaboração de questões, avaliação das provas e títulos etc.

Mas cada uma dessas etapas deve estar em consonância com as normas e princípios que presidem os concursos públicos, e que não se restringem a aspectos meramente formais ou procedimentais, mas também de conteúdo e substância.

Onde for detectado ofensa a normas e princípios jurídicos, haverá vício quanto à legalidade passível também de controle judicial, não aproveitando à Administração Pública e seus agentes a mera invocação de exercício de competência discricionária, exigindo-lhes a cabal demonstração de que se mantiveram nos limites além dos quais dever-se-á reconhecer invalidade.

Conclui-se, portanto, haver crescente e sólido entendimento doutrinário no sentido da viabilidade do controle jurisdicional da correção das provas de concurso público, fator que tende a influenciar na reversão da tese, até então, majoritária da impossibilidade desse controle.

¹²⁴ CAMMAROSANO, Marcio. Concurso público. Avaliação de provas. Vinculação ou discricionariade? In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2ed. Belo Horizonte. Forum, 2007; p. 180-181.

5 CONCLUSÃO

O momento presente é, sem dúvida alguma, de transformação. A figura de um Estado passivo, indiferente a abusos e incapaz de concretizar os seus fins, não mais satisfaz as expectativas de uma sociedade que, cada vez mais, dele espera uma atuação positiva e garantidora de direitos. No campo jurídico, essa tendência se materializa na forma de novos olhares sobre dogmas tidos como intocáveis, mas que numa análise mais detida revelam suas contradições, requerendo a elaboração de renovados entendimentos, mais afinados com a efetivação das finalidades do Estado.

Nesse sentido, perde espaço a idéia de que o Judiciário deva ficar alheio à promoção dos princípios, objetivos e direitos consagrados na Constituição, devendo-se manter inerte perante flagrantes abusos por parte dos demais Poderes. Pelo contrário, atualmente, parece ganhar corpo a concepção de que é somente com a atuação uniforme de todos os seus órgãos que o Estado poderá, efetivamente, concretizar os ideais constitucionais, retirando-lhes da sua vagueza retórica.

É nesse pano de fundo que vêm à tona o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos, outrora visto invariavelmente sob um viés restritivo, no intuito de se preservar o princípio da separação dos poderes, mas que no Estado Constitucional contemporâneo, gradativamente, assume nova conotação. Exemplo claro dessa mudança paradigmática é a questão do controle jurisdicional sobre a correção das provas de concursos públicos, cuja viabilidade é cada vez mais aceita entre a comunidade jurídica.

Conforme visto, há muito se entendia que, em matéria de concursos públicos, pouco espaço poderia haver para alguma revisão judiciária, porquanto, de regra, seria intromissiva ao “mérito administrativo”. Havia entendimento no sentido de que o exame judicial deveria ficar restrito à legalidade do certame, o que, em face da inconsistência legislativa sobre o tema, resultava num controle quase que exclusivo das disposições previstas no seu edital – considerado a lei do concurso público. Essa posição, todavia, acabava por legitimar todo tipo de abuso.

Nessa necessária releitura dos limites da atuação judiciária nesses casos, entretanto, pôde-se perceber que o receio da sua intromissão na seara administrativa, na melhor das hipóteses, constitui-se em cautela demasiada e desnecessária, fundada em uma noção rasa e ultrapassada das funções

administrativas e judiciárias, e dos seus limites. Mais do que isso, observou-se que essa concepção é potencialmente lesiva a direitos e princípios, abrindo espaço para fraudes e favorecimentos pessoais, circunstâncias às quais o Direito não pode se amoldar.

Analisado o tema mais detida e racionalmente, por outro lado, não é difícil perceber que o chamado poder discricionário – reduto do mérito administrativo – é complexo, não se resolvendo da maneira simplista como até pouco tempo vinha sendo, majoritariamente, apresentado. Significa dizer que é preciso entender melhor o que seja a discricionariedade administrativa, não bastando a tese de que se trata da simples liberdade concedida ao administrador para realizar escolhas de acordo com a sua subjetividade.

Os atos ditos discricionários, como estudado, de fato, carregam maior espaço para interferência dos sujeitos na complementação das suas finalidades – fator que fica bastante restringido nos atos vinculados, os quais possuem relação mais estreita com a lei. Isso, contudo, não legitima toda e qualquer escolha da Administração, fator que conduziria (e conduz) inevitavelmente à arbitrariedade, pois excessiva a liberdade que se lhe atribui.

Esclarece esse raciocínio a compreensão do que sejam os conceitos jurídicos indeterminados, ao demonstrar que a abertura eventualmente concedida pela lei para o exercício da atividade administrativa não se constitui em um vácuo jurídico, mas apenas de um espaço de maior interpretação e adequação da atuação administrativa frente às situações de fato. Assim, trata-se de um “poder discricionário juridicamente vinculado”, pois nem mesmo se poderia conceber algum poder estatal que não estivesse, ainda que de maneira aberta, atrelado ao Direito.

A Administração, portanto, cumpre o papel de interpretar a lei e preencher os espaços por ela deixados, intencionalmente, para o fim de melhor atender ao interesse público. Esse julgamento não é desprovido de critérios (entenda-se, a lei) constituindo-se em ilegítima toda decisão que a eles contrarie, ou que resulte em ação racionalmente inviável do ponto de vista das interpretações juridicamente possíveis para os casos concretos.

A efetiva discricionariedade (o mérito das escolhas administrativas), portanto, repousa numa margem de apreciação legítima, dentro da qual são juridicamente indiferentes as opções disponíveis ao agente público, pois todas racionalmente justificáveis. É somente com base nesse entendimento que se pode compreender os

limites de um controle jurisdicional dos atos administrativos que, efetivamente, busque corrigir ilegalidades (em sentido amplo) e preservar os direitos dos cidadãos. Cumpre ao Judiciário, portanto, conhecer o grau de discricionariedade do ato em face do Direito que o legitima, a fim de corretamente julgar a sua adequação do ponto de vista jurídico.

No caso da correção das provas de concurso público não se tem, propriamente, uma interpretação jurídica – as questões formuladas nas provas têm por base algum conhecimento científico, que pode, ou não, ser jurídico. Contudo, assim como ocorre relativamente aos conceitos jurídicos indeterminados, a Administração não está autorizada a interpretar o conhecimento científico da forma como bem lhe aprouver. Os conhecimentos passíveis de ser cobrados através de provas de concurso não são fruto da subjetividade da Administração Pública, mas resultado do estado atual das ciências.

A Administração não pode dizer que “dois mais dois é cinco” ou que “Cristóvão Colombo descobriu o Brasil”, pois não se trata de matéria sujeita a subjetividade (sua ou de quem quer que seja), mas de conhecimento aferível e justificável cientificamente – ou seja, de uma apreciação técnica. Assim, ainda que se reconheça haver maior espaço para discricionariedade em vários pontos do procedimento do concurso público, no particular momento da correção da prova, a Administração está vinculada à resposta correta, não podendo dela se desviar.

Significa dizer que, ao corrigir uma prova de concurso público, não há multiplicidade de alternativas indiferentemente legítimas à disposição da Administração, com o que não se pode identificar qualquer espaço para efetiva discricionariedade – ou o que se convencionou chamar de “mérito administrativo”.

É importante assinalar, quanto ao mais, que essas circunstâncias não se alteram em função do tipo de prova, pois, como mencionado no presente estudo, desimporta o grau de complexidade do conhecimento cobrado, ou se para tanto se utiliza de prova de múltipla escolha, discursiva ou oral, porquanto, em todos os casos, o julgamento das provas deve ser objetivo. O maior espaço para a subjetividade do avaliador em determinados tipos de prova não lhes retira a característica da objetividade, pois é elemento nuclear do instituto – tal implica, apenas, em conceder à Administração uma presunção de legitimidade, autorizando as escolhas tomadas dentro de uma margem racionalmente justificável de avaliação.

Em todos os casos, portanto, deve ser permitido o controle pelo Poder Judiciário, pois não há qualquer espaço para efetivo mérito administrativo passível de ser invadido. Ou seja, o relativo espaço para a subjetividade na correção de determinadas provas – fator que deve ser reduzido o tanto quanto possível, através da divulgação das balizas de avaliação utilizadas – não chega ao ponto de suprimir-lhe o caráter objetivo, aspecto que autoriza a sua revisão jurisdicional.

Imprescindível ter em conta, aqui, o que seja o princípio do concurso público, consagrado na Constituição Federal. Conforme foi visto ao longo do estudo, esse sistema foi concebido justamente para conter a subjetividade no recrutamento de servidores, desvinculando-se da ideia de que os cargos públicos pudessem ser patrimônio dos seus ocupantes ou das autoridades que detinham esse poder de escolha. Constituiu-se, portanto, em um sistema essencialmente objetivo – aspecto cuja subtração resulta na sua total descaracterização.

É bem de ver, todavia, que só fica assegurada essa objetividade em razão do fato de existirem respostas corretas e incorretas às perguntas formuladas, verificáveis a partir do conhecimento fornecido pelas ciências, e disponível a todos. É a efetiva correção (no sentido exato do termo) das respostas que garante a objetividade da prova e a impessoalidade da seleção, na medida em que o saber está ao alcance de todos.

Conforme estudado, contudo, o concurso público não se fundamenta apenas no princípio da impessoalidade. Fosse assim, até mesmo se poderia cogitar da licitude da manutenção de gabaritos de prova flagrantemente equivocados, pois ao menos representariam igual medida para todos. Admitir isso, no entanto, seria adotar o sistema do sorteio, disfarçado sob a forma de concurso público.

Para haver efetiva concretização do princípio do concurso público, visando à plenitude das suas finalidades, no entanto, outros princípios hão de ser observados, tais como moralidade e eficiência. Assim, não se pode admitir a validação de uma resposta obviamente equivocada, pois isso representaria a quebra da confiança depositada no instituto, e na Administração Pública como um todo. É ofensivo ao princípio da moralidade, portanto, o desrespeito às expectativas legítimas dos candidatos – circunstância já destacada quando do reconhecimento do direito à nomeação – pois estes só se dispõem a prestar concursos públicos por considerar que terão as suas provas devidamente corrigidas.

Da parte do Estado, também não é admissível a validação de correções equivocadas de prova, pois acrescido aos demais objetivos, ao selecionar os candidatos mais capazes, o concurso busca contemplar a finalidade de promover o aperfeiçoamento do serviço público. O critério da capacidade, portanto, não é neutro, mas se constitui em vetor de qualificação do material humano disponível no Estado, razão pela qual a Administração deve primar pela racional e eficiente elaboração das provas e, indispensavelmente, pela perfeição da sua correção.

Em suma, portanto, considerar que a correção das provas de concurso público possa estar enquadrada no chamado mérito administrativo, assim inviabilizando o seu controle jurisdicional, significa desconsiderar todos esses aspectos que, substancialmente, fazem o concurso público ser o que é. É somente com a valorização da objetividade do concurso público, portanto, materializada na utilização de padrões racionalmente fundamentáveis de avaliação, que se poderá contemplar, não de maneira formal, mas efetivamente, o princípio do concurso público.

Numa compreensão mais abrangente da finalidade do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa, percebe-se, ademais, que nem mesmo se trata de mera faculdade do Judiciário a revisão da correção das provas de concurso, mas sim de uma obrigação sua. Isso porque é dever, e não faculdade, do Judiciário pôr fim a situações atentatórias a direitos e flagrantemente ofensivas aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. Exercer o controle jurisdicional nesses casos, portanto, significa compreender que é responsabilidade também do Judiciário a efetivação prática, e não apenas aparente, dos ideais constitucionais, sem a qual restariam completamente inócuos.

O presente estudo conclui, portanto, que a promoção dos direitos e a efetiva observância dos princípios constitucionais – dentre os quais o concurso público e os demais princípios que lhe dão substância – reclamam um renovado olhar sobre teorias há muito firmadas, e pouco contestadas. Não pode o Direito avançar as décadas e os séculos apenas reproduzindo conceitos, mesmo em face das flagrantes arbitrariedades que deles resultam, sem que se façam questionamentos quanto à razoabilidade de suas premissas. É somente com a superação racional das ideias que se pode pretender a evolução do Estado no sentido da justiça.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O concurso e o processo administrativo. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 73-85.

_____, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. A ética na administração pública. In: FORTINI, Cristiana. **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte, Forum, 2009. p. 451- 463.

BITTENCOURTT, Marcus Vinicius Correa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo. In: BACELLAR FILHO (Coord). **Direito Administrativo contemporâneo: estudos em memória do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Forum, 2004. p.211-230.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010. p.835.

CAMMAROSANO, Marcio. Concurso público. Avaliação de provas. Vinculação ou discricionariedade? In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2ed. Belo Horizonte. Forum, 2007. p 169-181.

COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. n. 57. v.27. 2003; p 261-276.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1157p.

CRETTELLA JUNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ed. Ed revista e atualizada. Rio de Janeiro; Forense, 2002. 512p.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado constitucional e organização do poder. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 265-290

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 91-118.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. 824p.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; 149p.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; 512p.

GASPARINI, Diógenes. Concurso público- imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 13 -71.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo; Malheiros Editores, 2002. 328p.

MAIA, Marcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007. 240p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ed. São Paulo; Malheiros Editores, 1999. 749p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores LTDA, 2009. 1102p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ed. São Paulo; Atlas, 2003. 836p.

MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência dos concursos públicos. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2007. p.121-139.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTTA, Fabricio. Concurso público e a confiança na atuação administrativa: análise dos princípios da motivação, vinculação ao edital e publicidade. In: MOTTA, Fabricio. (Coord). **Concurso Público e Constituição**. 2 ed. Belo. p.139-159.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. Concurso público. In: FORTINI, Cristiana. **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte, Forum, 2009. p. 305-337.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 335p.

TAVARES, André; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. Poder judiciário e concursos públicos. **Revista da AJURIS**. Ago 1992. p.353-357.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008. 736p.