

Princípios Constitucionais Aplicáveis aos Concursos Públicos 1

Fabrcio Motta

Sumário: 1 - Delimitação do tema; 2 - Contextualização: A evolução do Direito Administrativo; 2.1 A afirmação do constitucionalismo e a constitucionalização da Administração Pública; 2.2 O princípio democrático e a processualização da Administração Pública; 3 - Concurso público, democracia e processo administrativo; 3.1 Princípio da isonomia; 3.2 Contraditório e ampla defesa; 3.3 Moralidade; 3.4 Motivação; 3.5 Legalidade; 3.6 Vinculação ao Edital; 3.7 Razoabilidade e Proporcionalidade; 3.8 Publicidade; 4 - Notas finais; 5 - Bibliografia.

1 Delimitação do tema

O presente estudo objetiva identificar e analisar, com apoio na doutrina e jurisprudência, os princípios extraídos do sistema constitucional brasileiro aplicáveis aos concursos públicos, tendo como pano de fundo as linhas de transformação e evolução do direito administrativo.

2 Contextualização: a evolução do Direito Administrativo

É sabido que o Direito Administrativo surgiu, no cenário das revoluções liberais, como um subproduto imaginado para submeter a Administração a uma disciplina mais rigorosa, intentando conter os abusos de poder verificados no antigo regime. Apesar de sua pouca idade, comparado às demais disciplinas jurídicas, o Direito Administrativo, sua compreensão e aplicação seguem um curso evolutivo após a constatação, pela mais renomada doutrina, de uma "crise de identidade". Segundo Torné Gimenez (*apud* Medauar, 2003, p.65),

"o direito administrativo necessita de mudanças na tradicional e exclusiva metodologia jurídica para que outras ciências humanas ofereçam dados necessários à construção de um direito administrativo que responda eficazmente ao desafio de nossa civilização tecnológica. Não se deve interpretar essa posição no sentido de diluir o jurídico (...) trata-se de retirar o jurista de sua torre de marfim e de fazê-lo ver que o ordenamento que norteia a atividade da Administração a duras penas poderá cumprir sua missão se internado no jurídico. O administrativista necessita das conexões metodológicas e científicas interdisciplinares".

A adaptação aos "novos tempos", marcados pela rápida evolução tecnológica, constante produção legislativa e impossibilidade de previsões certas, exige flexibilidade². A moderna doutrina prega a substituição do Direito Administrativo ligado somente à defesa do cidadão por um outro, que ampare e possibilite transformações sociais.

No Brasil, decorridos mais de 15 anos do advento da Constituição promulgada como "cidadã", a conquista da liberdade parece ser definitiva, enquanto a realização de valores importantes como democracia, participação popular, justiça, igualdade e dignidade ganha novo impulso. Passa-se a reconhecer que o ser humano deve ser o centro de toda atuação estatal e objetivo de suas ações positivas, não mais somente de meras abstenções ou consentimentos.

A linha de resgate do atraso, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p.12)³, é comandada por dois fatores: o *juspolítico*, identificado com a afirmação do constitucionalismo, e o *sociopolítico*, qual seja, o surgimento da sociedade como protagonista do indispensável diálogo democrático com o poder instituído⁴. A interligação destes dois fatores oferece sustentáculo para o tema que se propõe estudar.

2.1 A afirmação do constitucionalismo e a constitucionalização da Administração Pública

Segundo Luiz Roberto Barroso (2001), os novos estudos sobre o constitucionalismo buscam promover uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito, reintroduzindo no ordenamento positivo as idéias de justiça e legitimidade. Busca-se a superação do legalismo estrito através do reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade e positivados no texto constitucional. Já há algum tempo vem sendo reconhecida a normatividade dos princípios, compreendidos como espécie do gênero normas, que abriga também as regras.

Os princípios contêm aqueles valores reconhecidos pela comunidade - segundo Barroso (2001, p.30), na Constituição encontramos, sob a forma de princípios, os valores sociais a serem buscados pela ação estatal:

"(...) os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete."

Como forma de "realizar" a Constituição, efetivando seus princípios e regras, doutrinadores autorizados têm se esmerado em realçar a força normativa da Constituição. O papel de centro do ordenamento jurídico e fundamento das outras normas ocupado pela Constituição ganha novo relevo. Esclarece Clémerson Merlin Clève (2000, p.22):

"As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos."

Ocupando a Carta Magna o topo da pirâmide normativa, todas as demais espécies de normas devem-lhe seguimento e obediência. Também como forma de reforçar a efetividade antes comentada, utiliza-se a Constituição para interpretar todos os ramos do Direito, por meio da técnica chamada de "filtragem constitucional"⁵. Ações como esta contribuem para o chamado "constitucionalismo emancipatório", na feliz expressão de Clémerson Clève, que se vale desta valorização do caráter principiológico e normativo da Constituição para, em vez de se adaptar à realidade concreta, fazer com que a realidade se transforme. No mesmo sentido, Juarez Freitas (*in* Ferraz: Motta, 2003, p.174) ensina que:

"Tudo que se encontra na Carta Fundamental deve ser visto como tendente à eficácia. Sob tal prisma, o intérprete precisa reconhecer a presença digital da eficácia, inclusive ao cuidar de dispositivos não auto-aplicáveis. Em nosso ordenamento, lícito asseverar que efeito vinculante (maior ou menor) sempre emana dos preceitos constitucionais em sintonia com o intérprete maduro e dialético, que não os vê como objetos inertes."

Busca-se, enfim, tornar realidade os preceitos constitucionais, notadamente os direitos e garantias fundamentais, que nesta nova visão ganham maior relevo. Pressuposto inafastável do Estado de Direito, no chamado "Estado Social" a enunciação de direitos e garantias fundamentais é enriquecida com a pretensão de se alcançar a justiça social e superar as desigualdades. Adotando tais concepções, o artigo 3º da Carta Magna assegura constituírem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Administração não fica imune a essa "nova" óptica constitucionalista: a idéia de submissão à legalidade, ponto essencial do Direito Administrativo, sofre considerável mudança de enfoque, deixando de se falar em "submissão à lei" para falar-se em "submissão ao Direito". O controle da Administração passa, então, a exigir vinculação das atividades e atos à lei e ao direito, em uma concepção flexível e axiológica da legalidade, tendo como balizas os princípios que configuram o Estado Brasileiro⁶. No Estado Social e Democrático de Direito, ao princípio da legalidade da Administração Pública acrescentam-se, servindo de exemplo a Constituição Brasileira, os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, de forma intrincada e reciprocamente instrumentalizada (Medauar, 1993, p.88).

2.2 O princípio democrático e a processualização da Administração Pública

Na esteira dos ensinamentos doutrinários mais autorizados⁷, podemos asseverar que, na linha de transformação sucintamente referida, a Administração Pública distancia-se da rigidez autoritária e aproxima-se da flexibilidade democrática⁸, por intermédio principalmente da absorção de valores e princípios constitucionais e da assimilação de uma nova temática de relacionamento entre Estado e sociedade (Medauar, 2003, p.267).

Como elemento indispensável deste panorama, o princípio democrático ou princípio da soberania popular exsurge como "o mais excelso princípio de nosso ordenamento,

condicionante tanto das regras políticas como jurídicas da Lei Maior", segundo Paulo Bonavides. Em torno da democracia - ensina na mesma seqüência Bonavides - levanta-se, na doutrina, "um movimento de reorientação conceitual que intenta transformá-la em direito de quarta geração, o mais fecundo e subjetivo dos direitos políticos da cidadania, em escala de concretude" (Bonavides, 2001, p. 127).

Segundo Bobbio (1989, p.30),

"o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos".

A constitucionalização dos princípios e regras tocantes à Administração Pública, como decorrência lógica do triunfo do constitucionalismo, somada à necessária importância do princípio democrático, permite-nos falar sobre o desenvolvimento da participação como meio de legitimação da Administração, como forma de *democratizá-la*. Nesse sentido a lição de Aleggretti (*apud* Medauar, 2003, p. 169):

"Pressuposto de que o caráter democrático de um Estado, assim declarado na Constituição, deverá influir sobre a concepção da Administração e esta, por sua vez, incidirá positiva ou negativamente sobre o caráter democrático do ordenamento; os princípios da democracia não podem limitar-se a reger a função legislativa e a jurisdicional, mas devem informar também a função administrativa; inexistente democracia sem democracia da Administração; ao se implantar nova Constituição, ao se estabelecer novo nível de liberdade é de relevo considerar a Administração como fator fundamental de inovação."

É forçoso concluir, ante as razões expostas, que exsurge como tendência inexorável o abandono da vertente autoritária da Administração Pública em favor da adoção da vertente consensual, buscando o aumento da participação popular no processo decisório, como marca da moderna harmonia entre o Estado e a sociedade, dentro do contexto do chamado Direito Administrativo Participativo⁹.

Como explicita Bobbio (1989, p. 54),

"não há dúvida de que estamos assistindo à ampliação do processo de democratização. Se devêssemos apontar umas das características mais evidentes e interessantes de uma sociedade politicamente em expansão (...) não poderíamos deixar de indicar a exigência e o exercício efetivo de uma sempre nova participação".

Este panorama é completado com a processualização das atividades da Administração. Superada a doutrina que entendia haver "processo" somente no exercício da função jurisdicional, admite-se que a processualização das atividades administrativas, por possibilitar um maior conhecimento do modo de atuar e também a dialética com o cidadão, é tendência que acompanha a consolidação do princípio democrático. Nestes termos, o ato administrativo passa a ser estudado dentro do contexto procedimental, formado pelas fases e formalidades que precedem sua edição e que devem ser permeadas, obrigatoriamente, pelos princípios administrativos. A Administração ,

"antes centrada na tensão da produção do ato administrativo unilateral, impessoal e editado no desempenho de poder incontestável, passou a ser concebida e explicada como uma relação, que é formalizada para cumprir um fim exterior e superior ao seu autor. A vocação pública da atividade administrativa compreende, então, um contraditório formalizado, o que vem a dar num processo, caracterizado segundo essa condição de sua essência" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, 1997, p. 14).

A ascensão do processo administrativo marca o triunfo da consensualidade sobre a imperatividade e traz consigo a garantia de controle não só da manifestação de vontade da Administração, mas também de seu *iter* de formação. O processo administrativo possui como finalidades, dentre outras: a) garantir a observância das normas que regem a atuação administrativa; b) possibilitar um melhor conteúdo e garantir maior eficácia às decisões; c) legitimar o exercício do poder administrativo; d) aproximar a Administração dos cidadãos; e) sistematizar as atuações administrativas; e) facilitar o controle da Administração; e f) possibilitar a aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa (Medauar, 1993, p. 61-69).

As breves anotações feitas até o momento sobre constitucionalização, democracia e processualização administrativa perfazem as condições iniciais para a abordagem do tema central proposto.

3 Concurso público, democracia e processo administrativo

O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da Constituição Federal). A realização de certame competitivo prévia ao acesso aos cargos e empregos públicos objetiva realizar os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia¹⁰, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando-se deste mecanismo, atendem-se também às exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

O regime democrático é marcado pela titularidade do poder conferida aos cidadãos, e de tal assertiva decorre o direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais. Por outro lado, o princípio isonômico determina um equânime tratamento dos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. Também não se pode olvidar que, analogicamente ao que ocorre com o princípio da "vantajosidade" encontrado no procedimento licitatório, o concurso deve objetivar selecionar os mais aptos para titularizar as posições estatais, em atendimento ao princípio da eficiência administrativa. Conjugando-se as três idéias, conclui-se que o acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal, onde se assegure igualdade de oportunidades a todos os interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidos pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados mediante critérios objetivos.

Desta maneira, o instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos. Seguindo as lições citadas, deve o operador do direito guiar-se pelos "princípios-maiores" que ocupam o núcleo central da idéia de concurso público: o princípio democrático, fulcrado na premissa de que todos têm direito de concorrer para ocupar as posições estatais; o princípio da isonomia, consistente na garantia de igualdade de tratamento e vedação de privilégios e discriminações injustificadas; e o princípio da eficiência, que impõe à Administração a seleção transparente e objetiva dos que mais atributos - méritos, qualificações, aptidões - possuem para se adequar ao necessário oferecimento de um serviço eficiente. Destaca-se ainda a necessidade de obedecer aos "reclamos de probidade administrativa", utilizando a expressão de Celso A. Bandeira de Mello.

Aceitando a premissa de que a colisão de princípios se resolve na dimensão valorativa, quando por meio da ponderação de valores forem confrontados os demais princípios aplicáveis ao procedimento com os "princípios-maiores" referidos, deve o intérprete buscar a preservação destes últimos, que compõem o cerne do instituto. Nesta esteira de raciocínio, princípios outros como os da moralidade e publicidade orbitarão em torno da idéia central composta pelo trinômio democracia-isonomia-eficiência, tendo como pano de fundo as necessidades impostas pela probidade na ação administrativa.

Trazendo novamente à baila a lição de Luís Roberto Barroso, compete aos princípios dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Desta forma, os concursos públicos devem ser encarados e realizados sob a influência dos "princípios-maiores" que informam o instituto, sofrendo também os influxos dos demais princípios constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

Deve-se ainda anotar que o *princípio da ampla acessibilidade* aos cargos e empregos públicos, reconhecido no sistema constitucional brasileiro, é também consequência do trinômio democracia-isonomia-eficiência. As eventuais restrições à participação em concursos, por tais motivos, devem possuir justificação nos valores consagrados pela Constituição e consagradas em lei formal, como se verá. Anota Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 149):

"É a busca da igualdade de oportunidades que o princípio da acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos propicia, permitindo às pessoas e obrigando o Estado a dar concretude ao princípio da igualdade jurídica. Não se destratam os cidadãos de uma República segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer elementos externos à qualificação que se lhes exige para o desempenho dos encargos de que se devem desincumbir no exercício que lhes seja especificado. Mais ainda, no Estado Democrático de Direito, há que se obrigar as entidades políticas a cuidar para que todos os cidadãos se dotem das condições materiais, intelectuais, psicológicas, políticas e sociais mínimas que os habilitem à disputa do cargo, da função e do emprego público."

Como série de atos concatenados tendente a selecionar, de forma impessoal, os mais aptos a ocuparem cargos ou empregos públicos, o concurso público é ontologicamente marcado pelo conflito de interesses entre os concorrentes e, eventualmente, entre qualquer destes e a Administração. Urge esclarecer que comungamos com a concepção doutrinária que apregoa ser processo espécie do gênero procedimento, mas marcado pelo contraditório, como ensina Romeu Bacellar:

"O procedimento configura requisito essencial da atividade estatal, pois é a forma de explicitação de competência. Mesmo os atos administrativos relativamente simples envolvem uma seqüência de atos direcionados a um ato final. (...) Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo. O processo administrativo é forma de exteriorização da função administrativa (procedimento administrativo) qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), capaz de interferir na esfera jurídica das pessoas"^{1 1} (Bacellar Filho, 1998, p. 46).

Desta maneira, o concurso público caracteriza-se inicialmente como procedimento administrativo do qual podem resultar processos administrativos, desde que caracterizadas situações demandantes de participação dos interessados em contraditório^{1 2}. Tais situações decorrem dos conflitos de interesses que ficam em estado de latência em procedimentos competitivos, como concursos e licitações. Nesse sentido, à possibilidade de existência de um procedimento sem questionamentos ou litigiosidade direta contrapõe-se hipótese diversa, marcada pela litigiosidade (entendida como conflito resistido de interesses) entre concorrentes ou entre estes e o poder público na disputa por uma situação jurídica determinada. Enfim, havendo controvérsia entre candidatos ou entre qualquer destes e a Administração, existe a possibilidade de atingimento da esfera jurídica de determinada pessoa por uma decisão administrativa desfavorável e por isso, com fundamento no artigo 5º, LV da Constituição Federal, exige-se o processo administrativo^{1 3}.

A caracterização do concurso como processo administrativo determina a aplicação de uma série de princípios constitucionais e legais. De se realçar, imediatamente, que a Constituição assegurou como garantia fundamental aos acusados em geral e aos litigantes em processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Na mesma esteira, a lei que regula o processo administrativo na administração pública federal - Lei 9.784/99, aplicável, ainda que subsidiariamente, aos concursos públicos - determina ainda a obediência a outros princípios não referidos explicitamente pela Constituição, mas identificáveis no sistema constitucional.

Um breve comentário é necessário a respeito da eficiência do processo administrativo. Segundo Egon Bockmann Moreira (2000, p. 144), cinco requisitos são necessários para caracterizar o processo como eficiente: celeridade; simplicidade; predefinição da finalidade; economicidade processual; e efetividade. Ao seu turno, Emerson Gabardo (2002, p. 126) arrola alguns meios para incremento do princípio, como: garantia do direito à informação, facilitação d e vista dos autos, correta intimação dos atos processuais, publicidade efetiva, não-utilização de "pareceres colados" de um processo para outro por mera similitude e não-aplicação de efeito retroativo a mudança de interpretação pela Administração. Com relação aos concursos públicos, é importante registrar ainda que o processo objetiva selecionar, de forma democrática e isonômica, os mais aptos a proporcionar uma atuação administrativa eficiente no atendimento ao interesse público e ao cidadão. Por tais motivos, as regras seletivas não de estabelecer parâmetros objetivos para que a escolha funde-se nos aspectos meritórios necessários para que o poder público atue de forma otimizada, respondendo aos anseios sociais. Analisando o acesso ao funcionalismo público inglês, H.W.R. Wade^{1 4} informa que o princípio fundamental que orienta as seleções é a preferência aos que mais demonstram capacidade de aprender que propriamente habilidades práticas, sendo necessária a demonstração de capacidade diretiva e neutralidade política.

Enfim, cumpre deixar asseverado que também é objetivo do concurso selecionar os mais adequados para a realização do interesse público, em atendimento às exigências do princípio da eficiência. Contudo, a análise de critérios e parâmetros para identificar os mais aptos escapa dos estreitos limites da ciência jurídica. Por outro lado, a ofensa a qualquer dos demais princípios constitucionais poderá caracterizar, direta ou reflexamente, o processo administrativo como ineficiente. Por tais motivos, prescindindo-se de estudar especificamente o princípio da eficiência, passa-se, finalmente, a analisar a aplicação dos princípios mais relevantes para os concursos públicos.

3.1 Princípio da isonomia

Todas ações a cargo do Estado devem visar ao atendimento dos objetivos da República, insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal, e todos os objetivos ligam-se de forma direta ou indireta ao princípio da isonomia. É há muito conhecida a máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem, caracterizando a chamada isonomia perante a lei (ou isonomia formal). Modernamente, assume-se como comprovada a ineficácia do cumprimento dos objetivos republicanos somente com a vedação de tratamentos desiguais. Passa-se a exigir do Estado, então, ações afirmativas para reduzir as desigualdades, imputando-se ao princípio da isonomia um caráter material. De acordo com o magistério de Joaquim Barbosa Gomes^{1 5}, ações afirmativas são políticas sociais de apoio e promoção de grupos socialmente fragilizados, visando a promover sua integração social e, conseqüentemente, a igualdade material. Tais políticas objetivam conferir tratamento prioritário aos grupos discriminados, colocando-os em condições de competição similares aos que historicamente se beneficiaram de sua exclusão.

Importante ação afirmativa estatal ligada aos concursos públicos é a reserva constitucional de percentual dos cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência (artigo 37, VIII), concebida com o sentido de conferir-lhes igualdade de oportunidades de acesso e minorar as dificuldades adicionais a que estão sujeitos para se inserirem no cenário produtivo e no serviço público.

A esse respeito já asseveramos:

"Por se tratar de direito fundamental, em razão da inspiração ditada pelos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a interpretação das questões atinentes à reserva de vagas para portadores de deficiência nos concursos públicos deve visar à eficácia máxima dos princípios citados, evadindo-se do formalismo e da errônea presunção de que a Administração está prestando algum favor ao portador ou que este será necessariamente ineficiente, prejudicando o bom andamento das relevantes atividades daquela.

Para atender aos princípios e valores constitucionais tratados, o administrador público deve, dentro dos limites legais, fixar percentual razoável, que efetiva e claramente aplicado corresponda a vagas reservadas para possibilitar, concretamente, a integração dos portadores de deficiência na Administração Pública" (in Ferraz; Motta, 2003, p. 454).

O princípio da igualdade está previsto genérica e firmemente no art. 5º de nossa Constituição, que estatui que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Não há como negar que o princípio da igualdade serve ao princípio da dignidade da pessoa humana, pedra de toque da Carta Fundamental Brasileira prevista, inclusive, como finalidade das atividades econômicas.

Em obra lapidar, Celso Antônio Bandeira de Mello cuidou de identificar o conteúdo jurídico do princípio da isonomia. Cumpre transcrever suas magistrais conclusões:

"Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;

II - a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator 'tempo' - que não descansa no objeto - como critério diferencial;

III - a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV - a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; e"

V - a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita (Bandeira de Mello, 2002, p. 47).

Ao princípio geral da isonomia constante do artigo 5º soma-se, para a Administração, a previsão do artigo 37, que determina a obediência ao princípio da impessoalidade. Desta maneira, os concursos públicos não podem desigualar pessoas sem que o fator de discriminação possua correlação lógica com a desigualdade de tratamento e, mais ainda, esteja de acordo com interesses constitucionalmente prestigiados^{1 6}. Contudo, uma simples operação de subsunção de diversas situações comumente verificadas em concursos públicos às regras ditadas por Bandeira de Mello mostra que o elenco de violações ao princípio da igualdade perpetradas pela Administração é extenso, obrigando os cidadãos tratados de forma desigual a buscar a correção do ato discriminador junto ao Judiciário.

Nessa linha de raciocínio, não se admite que leis ou editais de concurso atribuam vantagens como atribuição de pontos, particularizando, ainda que indiretamente, um determinado destinatário ou categoria. Da mesma maneira, o fator de discriminação deve guardar correlação lógica com a diferença de tratamento jurídico, no caso, a atribuição

de pontos por título. Estaria viciado, por tais parâmetros, um edital que atribua pontos, em prova de títulos, a determinado título que sabidamente só uma pessoa possui; ou então que atribua pontos a títulos que nenhuma relação possuam com a função a ser exercida¹⁷.

Citem-se exemplos colhidos na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal para confirmar o que foi exposto - o STF considerou que ofende o princípio isonômico a atribuição de pontuação ao tempo de exercício em cargo privativo de bacharel em direito na Administração superior à atribuída para o igual exercício na iniciativa privada (RE 221.966-DF, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 2206-AL, Rel. Min. Nelson Jobim); repudiou igualmente o privilégio atribuído a candidatos que já são servidores em determinadas fases de concurso, como exclusão da prova de capacitação física (ADI 1072-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches).

Igualmente já decidiu a Suprema Corte, por reiteradas vezes, que a estipulação de limite de idade para inscrição em concurso público só é constitucionalmente admissível quando tal baliza possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, em razão do disposto no artigo 7º, XXX, da Carta Magna ("proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil")¹⁸. Tal entendimento hoje encontra-se consagrado na Súmula nº 683 do mesmo STF.

Registre-se ainda que em atendimento ao princípio da igualdade o valor fixado para as inscrições não pode ser desarrazoado, de forma a impedir a disseminação da mais ampla participação em razão dos altos valores cobrados. Incumbe à Administração somente obter recursos para fazer frente à realização do concurso, não devendo constituir tal oportunidade mais uma fonte de obtenção de recursos para o Estado. Anote-se, nesse sentido, o seguinte aresto:

"Concurso Público - Tarifa - Isenção Aos Hipossuficientes.

I - O valor cobrado como tarifa de inscrição, em qualquer concurso, jamais pode superar aos estreitos limites do necessário para o custeio material do certame, sendo ofensivo ao princípio da moralidade e da legalidade qualquer postura outra.

II - Ademais, todo concurso público, em tal linha, deve facilitar a concessão da isenção total da tarifa (sempre módica), que pode ser cobrada da generalidade das pessoas.

III - Sentença afinada com tais princípios, ao determinar a inscrição em concurso, independentemente de qualquer pagamento. Confirmação" (TRF 2ª Região, REO 23455, Processo: 9802381560-RJ, Rel. Juiz Guilherme Couto).

Logicamente, o princípio da igualdade implica também idêntico tratamento dos concorrentes por parte da Administração, como alertam Sérgio Ferraz e Adílson Dallari:

"No processo administrativo o Estado é, ao mesmo tempo, parte e juiz, evidenciando, de plano, uma desigualdade fundamental. Mas essa inamovível desigualdade deve ser compensada por uma atuação a mais isenta possível na condução do processo, tendo como norte a igualdade entre as partes. O processo administrativo, obviamente, não pode ser uma pantomima, um ritual sem conteúdo ou, pior que isso, uma simples forma de enganar o administrado de boa-fé" (Ferraz; Dallari, 2001, p.53).

3.2 Contraditório e ampla defesa

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa encontram-se intimamente ligados, de forma simbiótica, pois ao mesmo tempo em que o contraditório possibilita a defesa, a própria ampla defesa traz em si a garantia do contraditório. Prescinde-se, pois, em razão do escopo do presente estudo, de estabelecer distinção científica entre tais princípios. É relevante frisar que o conflito de interesses caracteriza a existência de litigantes e traz consigo a necessidade de processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Com acerto ensina Romeu Bacellar:

"O contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-o enquanto garantia de meios e de resultados. A suficiência constitucional de uma lei não se basta na estipulação de que tal atividade será operacionalizada através do 'processo' ou na simples qualificação de um procedimento como processo. É imprescindível a presença da possibilidade efetiva de cumprir todas as atividades processuais tecnicamente idôneas para fazer valer o direito, aliada à obtenção do provimento adequado ao pedido" (Bacellar Filho, 1998, p.64).

Tais princípios identificam a dialética processual, conferindo ao cidadão, resumidamente, os seguintes direitos: ser informado dos atos e fatos tocantes ao processo; ser ouvido e produzir provas antes de qualquer decisão que possa afetar sua esfera de direitos e ter suas razões apreciadas e sopesadas pela autoridade julgadora. O conteúdo e os desdobramentos dos princípios do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa já mereceram exaustiva atenção doutrinária¹⁹; merecem realce os seguintes aspectos que dizem respeito diretamente aos concursos públicos:

- a) aos candidatos deve ser assegurado o direito de ter vista de todos os atos e documentos tocantes ao concurso que não sejam resguardados por sigilo, especialmente provas²⁰ e atas de correção, como forma de possibilitar o exercício de seu direito de defesa;
- b) o direito de recorrer de inabilitação de inscrição, correção de provas e avaliação de títulos, dentre outras situações possíveis, independe de expressa previsão legal ou editalícia em razão do disposto no artigo 5º, XXXIV, *a*, da Carta Magna. Aos recursos, na falta de regras específicas de tramitação, aplicam-se as normas das leis de processo administrativo respectivas;
- c) a correção das provas e as decisões atributivas de pontos ou referentes a classificação devem ser motivadas para permitir o exercício do contraditório;
- d) as provas orais devem ser gravadas, taquigrafadas, ou por qualquer meio técnico idôneo registradas, a fim de possibilitar eventuais recursos ou impugnações²¹. Admite-se, para tais efeitos, exposição e motivação realizadas em ata ou instrumento semelhante;
- e) o direito de produzir provas e juntar alegações, obviamente, deve ser exercido antes da decisão definitiva;
- f) deve ser dada ao candidato ciência da tramitação dos recursos e impugnações interpostos, bem como do teor das decisões proferidas;
- g) deve ser oferecida oportunidade de apresentar alegações a todos os candidatos que eventualmente puderem ter sua situação agravada em razão de alguma decisão administrativa. No caso de anulação do certame, esta oportunidade deve ser conferida a todos.

Destaca-se, como exemplo, o seguinte acórdão do TRF da 1ª Região:

"Administrativo - Constitucional - Concurso Público - Proibição de Revisão de Prova - Impossibilidade - Artigos 37, Caput, e 5º, Incisos XXXIV e LV, da Constituição Federal.

1 - A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso público e os critérios de julgamento. Mas deve obedecer aos critérios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. 2 - Impedindo a revisão da prova impede-se o candidato de aferir se tais critérios foram atendidos, dando margem ao arbítrio e à fraude no certame público. 3 - Provimento parcial à Apelação. 4 - Sentença reformada parcialmente" (AC 01327400-PI, Órgão Julgador: 1ª Turma, Rel. Juiz Catão Alves, data da decisão: 10.09.1998).

3.3 Moralidade

Apesar de sua inegável importância, é difícil precisar os contornos do princípio da moralidade administrativa, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Assim, Juarez Freitas (1999, p. 68) identifica tal princípio com o da justiça, impondo-se à Administração lealdade e boa-fé no tratamento com os cidadãos²². Romeu Bacellar (1998, p. 181), ao seu turno, destaca a importância de certeza, segurança jurídica e confiança como norteadores dos processos administrativos. Com clareza ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 102) que "a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".

Na esteira das lições referidas, é certo que a Administração deve pautar sua ação na mais estrita ética, buscando sempre aproximar-se da justiça na realização dos interesses que lhe são afetos. É possível identificar como componentes do princípio da moralidade administrativa os *subprincípios da boa-fé e da confiança*, tratado por Juarez Freitas como "confiança recíproca"^{2 3}.

No tocante aos concursos públicos, a Administração deve primar pela absoluta boa-fé, vinculando-se estritamente às regras legal e normativamente regentes do certame. Não se admite, assim, que desrespeite as regras do jogo, estatua uma coisa e faça outra. A confiança na atuação de acordo com o Direito é o mínimo que esperam os cidadãos concorrentes a um cargo ou emprego público. Na mesma seara, também são vedados comportamentos administrativos que ofendam os padrões éticos exigidos do poder público.

Releve-se, inicialmente, que o princípio deve ser obedecido também na composição da comissão de concurso e na escolha dos membros de banca examinadora. Na aferição concreta, aplicam-se os parâmetros para identificação de impedimentos e suspeições determinados pelo Código de Processo Civil^{2 4}. Ofende, por exemplo, a moralidade administrativa a presença, nas reuniões preparatórias do concurso, onde se delibera sobre a sua realização, programa, banca examinadora, de servidor ou cidadão que posteriormente se inscreve no referido certame^{2 5}.

Exemplifique-se ainda a afronta aos princípios constitucionais da moralidade e da boa-fé^{2 6} com editais onde a "reserva" de vagas para portadores de deficiência não chega a corresponder a sequer 1 (uma). Se a Administração entende que a reserva de vagas é menor que 1 (uma), ou seja, não existe, sua previsão no Edital cria expectativa ilusória no candidato portador de deficiência, quebrando o vínculo de confiança recíproca e causando-lhe transtornos para submeter-se ao concurso, inclusive mediante pagamento de taxa de inscrição, para concorrer somente às vagas comuns.

É certo que, em sede de controle de atos administrativos, a ofensa à moralidade dificilmente ocorrerá de forma isolada sem atingir legalidade, isonomia ou razoabilidade. Por tais motivos, os exemplos de práticas que atentam à moralidade encontram-se também na análise dos demais princípios.

3.4 Motivação

Disse com inspiração Ruy Cirne Lima que Administração é a atividade do que não é proprietário, senhor absoluto. Por perseguir sempre as finalidades públicas consagradas direta ou indiretamente no ordenamento jurídico, deve a Administração sempre expor de forma clara os fatos que precedem suas ações e os fundamentos jurídicos que as autorizam. O princípio da motivação administrativa liga-se intimamente com o princípio democrático, apresentando-se também como espécie de "satisfação social" prestada pelo poder público à coletividade.

A motivação apresenta especial relevância em razão de sua imprescindibilidade para o controle dos atos administrativos, em especial o exercitado pelo Poder Judiciário. Por meio da motivação, conhece-se o pressuposto fático que antecedeu a ação administrativa, e, em cotejo com o ordenamento jurídico, é possível aferir a correção do que foi decidido^{2 7}. O controle do correto manejo dos princípios administrativos em cada caso concreto só é possível por meio do exame da motivação.

Nota-se o vínculo do princípio estudado com o direito fundamental à ampla defesa. Esclarece Odete Medauar:

"A oportunidade de reagir ante a informação seria vã, se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos. A este fim responde a regra da motivação dos atos administrativos. Pela motivação se percebe como e quanto determinado fato, documento ou alegação influuiu sobre a decisão final" (Medauar, 1993, p. 107).

Como regra, devem ser motivados todos os atos administrativos, especialmente os discricionários, por ser essa a única forma de permitir seu controle. No tocante aos concursos públicos, como está-se sempre diante da possibilidade afetar direitos ou interesses, a regra prevalece.

Essas lições têm encontrado eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, merecendo citação integral o seguinte acórdão:

"*Concurso Público: Magistratura Estadual: Lei que Concede ao Tribunal de Justiça Poder de Veto a Candidato: Inconstitucionalidade*. 1. Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inócuas as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia. 2. Além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia, que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante voto secreto e imotivado de um colegiado administrativo - ainda que se trate de um Tribunal - esvazia e fraudava outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário: tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade. 3. A circunstância de tratar-se de um concurso para a carreira da magistratura - ao contrário de legitimar o poder de 'veto de consciência' a candidatos agrava a sua ilegitimidade constitucional: acima do problema individual do direito subjetivo de acesso à função pública, situa-se o da incompatibilidade com o regime democrático de qualquer sistema que viabilize a cooptação arbitrária, como base de composição de um dos poderes do Estado. 4. O STF - por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público - tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato a concurso, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a 'entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia' (RE 112.676, Rezek: com mais razão é de declarar-se a inconstitucionalidade, se à conclusão do exame psicotécnico - seja qual for a sua confiabilidade - não se vincula o Tribunal que - 'conforme ele, contra ele ou apesar dele' - recebe o poder da eliminação de candidatos, com ou sem entrevistas, por juízo da consciência de votos secretos e imotivados. 5. De reconhecer-se o direito à investidura de candidata à magistrada, que, depois de habilitada nas provas do concurso, não foi indicada à nomeação - então, de competência do Poder Executivo - por força de veto imotivado do Tribunal de Justiça. 6. Consequências patrimoniais pretéritas da preterição do direito à nomeação a calcular-se conforme o critério do STF em casos assimiláveis" (RE 194657/RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence).

Essa orientação, amparada na importância do princípio da motivação para o controle da aplicação dos demais princípios constitucionais, encontra-se hoje consagrada na Súmula 684 do STF ("É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público"). Tal entendimento não se coaduna com a aplicação de testes, entrevistas e exames, inclusive psicotécnicos, sigilosos ou subjetivos^{2 8}.

Nestes termos, todas as decisões relativas a concursos públicos devem ser motivadas de forma explícita, clara e congruente, especialmente avaliações de inscrições, documentos, títulos e recursos interpostos. Destaque-se a necessidade de motivação contemporânea da avaliação das provas, especialmente as subjetivas, devendo estar claros os critérios utilizados para sua correção.

3.5 Legalidade

Sobre o princípio constitucional da legalidade, falamos na parte inicial deste estudo que deve ser entendido como o dever de a Administração pautar suas ações sempre pelo direito, e não meramente pela lei em sentido formal. A afronta a qualquer princípio - e não só às regras - em razão de sua indiscutível carga normativa, é entendida como desrespeito ao princípio da legalidade em sentido amplo.

No que diz respeito aos concursos públicos, contudo, é importante lembrar que a Constituição determina que os requisitos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas devem ser estabelecidos em lei. Não se admitem maiores ilações: documentos, inclusive habilitações específicas, testes físicos, exames psicotécnicos^{2 9}, tempo de experiência e idade mínima ou máxima, dentre tantos outros requisitos, somente podem ser exigidos por lei, à qual deve estritamente vincular-se o edital. A lei a que se refere é editada pelo ente político responsável pela criação do cargo, emprego ou função pública.

Em atenção ao princípio analisado, não se admite que qualquer ato normativo editado pela Administração para reger o concurso traga imposições ou estabeleça distinções onde a lei não o fez. Em resumo: o edital que trouxer exigências que não estejam consagradas na lei é ilegal. Obviamente, o conteúdo da lei está sujeito a controle mediante cotejo com os princípios constitucionalmente albergados, notadamente os que regem a atividade administrativa.

3.6 Vinculação ao edital

Reza o consagrado aforismo que "o edital é a lei do concurso público". Essa máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital.

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da *legalidade e moralidade*, antes referidos, mas que merece tratamento separado em razão de sua importância. Com efeito, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos^{3 0}, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitam com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.

Logicamente, o poder público encontra-se tão ou mais sujeito à observância do edital que os candidatos, pelo simples fato de que presidiu sua elaboração. Por isso, a Administração simplesmente não pode evadir-se das regras que ela mesmo determinou. O princípio da moralidade, neste momento encarado sob o aspecto da confiança recíproca e da boa-fé, exige da Administração postura de respeito aos parâmetros previamente definidos no instrumento, que é o vínculo entre poder público e candidatos.

"Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro, os candidatos. Qualquer alteração no decorrer do processo seletivo, que importe em mudança significativa na avença, deve levar em consideração todos os participantes inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a edição do edital. Desta forma, compete ao administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo o concurso, oportunidade em que deverá estipular nova sistemática editalícia para regular o certame."^{3 1}

A publicação do edital torna explícitas quais são as regras que nortearão o relacionamento entre a Administração e aqueles que concorrerão aos seus cargos e empregos públicos. Daí a necessária observância bilateral, a exemplo do que ocorre com as licitações: o poder público exhibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas, estando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações. A aceitação das premissas expostas permite as seguintes conclusões:

- a) qualquer alteração do edital, após sua divulgação, deve ser seguida de comunicação aos candidatos e nova publicação;
- b) iniciado o certame, não se admitem mudanças nos critérios inicialmente estabelecidos para apuração de médias^{3 2} (atribuição de pesos a determinadas matérias ou etapas), correção de provas, cálculo de vagas e pontuação de títulos^{3 3}, dentre outros, sob pena de nulidade do certame; e
- c) não pode a Administração buscar qualquer expediente astucioso de interpretação para fugir da aplicação das regras editalícias.

De acordo com essas considerações já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"CONCURSO - EDITAL - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos ao concurso não de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão/Estado rechaça a modificação pretendida" (RE 118927-RJ Relator Min. Marco Aurélio, Julgamento: 07.02.1995, Órgão Julgador: 2ª turma).

3.7 Razoabilidade e Proporcionalidade

No exercício de qualquer de suas múltiplas funções, o Estado não dispõe de competência para agir irresponsavelmente, de maneira exagerada ou absurda arriscando, com tal atuação, o alcance das finalidades que almeja ou mesmo a própria integridade do ordenamento jurídico. Não se admitem, por isso, atuações que afrontem a lógica do razoável ou excedam as balizas ditadas pelos princípios juridicamente consagrados e pelo bom senso.

Inicialmente, importante frisar que o objetivo do presente estudo não comporta investigação sobre a eventual diferenciação de conteúdo jurídico dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão da iniquidade de tal distinção para a análise dos atos e fatos referentes aos concursos públicos. Filiamo-nos ao entendimento dos que, como Maria Sílvia Zanella di Pietro (2002, p. 80) e Luís Roberto Barroso (2002, p. 153), enxergam mais similitudes que peculiaridades que justifiquem tratamento segmentado dos princípios. Considerando a proporcionalidade como uma faceta inafastável da razoabilidade, faremos referências aos dois princípios.

De acordo com a lição de Luís Roberto Barroso (2002, p. 156), o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, utilizado para aferir se eles estão informados pela justiça, valor superior inerente a todo ordenamento jurídico. O eminente professor identifica três elementos na composição do princípio:

- a) adequação - a medida deve possuir aptidão com os fins públicos a que visa concretizar. Trata-se de uma adequação entre os meios utilizados pelo legislador e os fins perseguidos, ambos preconizados pela Constituição;
- b) necessidade ou exigibilidade - a medida deve ser absolutamente indispensável, não existindo, no momento, nenhum outro meio menos gravoso que também possibilite atingir o objetivo constitucionalmente traçado;
- c) proporcionalidade em sentido estrito - ponderação entre os ônus causados pela medida e os resultados obtidos, aferindo-se as vantagens e desvantagens, para os bens jurídicos eventualmente em conflito, decorrentes da aplicação da medida.

Forçoso reconhecer o importante papel desempenhado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas operações exegéticas, servindo como mediadores no confronto entre princípios aparentemente em conflito num dado caso concreto. Nesse sentido, tais princípios têm sido correntemente utilizados no controle de constitucionalidade não só de leis, como também de atos administrativos normativos^{3 4}. Ressaltando a importância dos princípios da moralidade e razoabilidade para o Estado Democrático, sintetiza Weida Zancaner (2001, p. 4):

"Um ato não é razoável quando não existirem os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída."

Essas lições amoldam-se perfeitamente ao controle das espécies normativas e demais atos administrativos que se relacionem com concursos públicos. Inicialmente, lembre-se que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. A lei que estabelece os requisitos para acesso não pode ser desarrazoada, contendo exigências absurdas que em nada se relacionam com o exercício dos misteres que caracterizam o cargo ou emprego público. O princípio também repugna exigências, ainda que legais, excessivas, descabidas ou inoportunas^{3 5} que atinjam a própria razão de existir do concurso público. Por tais motivos, os critérios de correção definidos pelos editais devem ser plausíveis, lógicos, enfim, razoáveis. Assim, "coaduna-se com o princípio da razoabilidade constitucional conclusão sobre a circunstância de a pontuação dos títulos apenas servir à classificação do candidato, jamais definindo aprovação ou reprovação"^{3 6}.

Exemplifica-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já considerou razoável a exigência de altura mínima de 1,60m para preenchimento dos cargos de agente e delegado de polícia^{3 7}. Certamente, o entendimento seria diferente se a altura mínima fosse exigida para preenchimento do cargo de Procurador do Estado ou Juiz de Direito, em razão da falta de adequação e nexa - e conseqüente razoabilidade - entre exigência e as atividades exercidas por estes últimos.

Em julgado usado, consonante com a doutrina mais atualizada mas ainda dissonante da jurisprudência majoritária da Suprema Corte, foi assentado pela 2ª Câmara, seguindo o feliz entendimento do Ministro Relator, Marco Aurélio, que:

"o princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. *Exsurge configurador de desvio de poder ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatas, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade.* Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias"^{3 8} (grifamos).

Por derradeiro, reafirme-se que o princípio da proporcionalidade assume *status* relevante na interpretação das exigências dos editais e no controle de sua legalidade (em sentido amplo). Na ponderação dos interesses em rota de colisão, deve o hermenêuta ponderar os princípios conflitantes para deles extrair a interpretação que menos sacrifique o interesse público constitucionalmente consagrado. Exsurge, nestas situações, a necessidade de se considerar também que o processo deve ser eficiente - nem excessivamente complexo nem demasiadamente simplificado (Gabardo, 2002, p.122) - para proporcionar a seleção dos melhores quadros para a Administração. Analisando intrincado caso que envolvia a possível anulação de concurso público já finalizado, embora sem fazer menção expressa à razoabilidade, mas à eficiência, averbou o Des. Federal João Batista Gomes Moreira, em voto condutor de importante acórdão:

"O princípio da vinculação ao edital de concurso não pode ser levado ao ponto de exigir a anulação de atos que, praticados sem obediência exata à forma prevista, tenham, não obstante, atingido a finalidade, principalmente no âmbito daquelas normas operacionais, as quais, como disse, são insuscetíveis de criar direito

subjetivo. Há aqui um resíduo de discricionariedade, que permite ao administrador adaptar a disposição à sua finalidade útil ou, em último caso, ainda que anulável, justifica a manutenção do ato para evitar transtornos prejudiciais ao interesse público concreto." ^{3 9}

3.8 Publicidade

O princípio da publicidade administrativa caracteriza-se como direito fundamental do cidadão, indissociável do princípio democrático, possuindo um substrato positivo (o dever estatal de propiciar o livre acesso à informação, como condição necessária ao conhecimento, participação e ao controle da Administração) e outro negativo (salvo no que afete à segurança da sociedade e do Estado e o direito à intimidade, as ações administrativas não podem desenvolver-se em segredo). Este direito fundamental parece efetivar-se em cinco vertentes:

- a) o direito de conhecer todos os expedientes e motivos referentes à ação administrativa, bem como seus desdobramentos e resultados, em razão do direito fundamental à informação;
- b) o direito atribuído aos cidadãos de serem ouvidos no procedimento de elaboração das ações administrativas que lhes afetem, materializando o direito à participação;
- c) a garantia frente ao processo de produção de decisões administrativas, em contraposição ao segredo procedimental, por meio da audiência dos envolvidos e interessados, em razão do princípio da ampla defesa;
- d) o direito subjetivo de acesso aos arquivos e registros públicos, em decorrência direta do princípio democrático; e
- e) o direito de exigir do Estado ações positivas para possibilitar a visibilidade, cognoscibilidade e controle das ações administrativas (Bobbio, 1989, p.89).

O princípio da publicidade dos assuntos e questões administrativas é assunto central nos regimes democráticos contemporâneos, cuja consolidação foi uma das principais características do Século XX. A publicidade constitui, como referido, um valor ínsito à democracia ^{4 0}, que somente pode ser mitigado em situações excepcionais e com fundadas razões. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha,

"a publicidade da Administração é que confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambigüidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado" (Rocha, 1994, p. 240).

É importante, ao considerar a Administração como atividade aberta ao público, fazer referência ao pensamento de Kant, que considera como "fórmula transcendental do direito público" o princípio segundo o qual "todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável com a publicidade são injustas" (*apud* Bobbio, 1989, p. 104). Nesse mesmo sentido, lembrando-se que o Direito Administrativo surgiu como reação ao absolutismo, a visibilidade da atuação administrativa é, mais que tendência, necessidade no atual estágio do constitucionalismo e das relações Estado-sociedade. Assim, entende-se que a publicidade é requisito essencial para a eficácia do controle do poder, elemento indissociável também da noção de Estado de Direito.

Nessa linha de raciocínio, por trás do princípio da publicidade estão a exigência de segurança do direito e a proibição da política do "segredo", entendida esta última proibição não somente como uma vedação ao arbítrio, mas como um dever de informar por parte do Estado (Canotilho, 1993, p. 171). O princípio da publicidade, em suma, protege o cidadão de intromissões indevidas da Administração em sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida. Sintetiza-se a relevância do princípio com os seguintes tópicos:

- o princípio constitucional da publicidade decorre do princípio democrático;
- a publicidade é pré-requisito para o controle do cumprimento dos outros princípios que devem informar a atuação administrativa, como legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, e razoabilidade, dentre outros;
- a publicidade propicia o controle das circunstâncias de fato e elementos de direito que precedem a edição dos atos administrativos (motivo);
- a publicidade propicia condições para o exercício do direito à participação popular na Administração, constitucionalmente assegurado.

Destaque-se que a visibilidade necessariamente conferida à Administração possibilita combater a ineficácia das disposições de garantia legalmente instituídas. Em obra sobre a chamada "Administração paralela", assim identificada aquela que se constitui de procedimentos informais paralelos aos formalmente estabelecidos, Agustín Gordillo (1992, p. 54) ensina com maestria que

"mientras las leyes e hasta las constituciones consagran enfáticamente el principio de la publicidad de los actos de gobierno, y el más irrestricto acceso de los interesados a las actuaciones administrativas salvo que ellas sean calificadas por acto expreso y motivado como 'confidenciales', lo cierto es que en la práctica tales disposiciones jamás se cumplen fácilmente. La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realice con ello una actividad ilícita: al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede comprometerlo. Si se le informa de la ley que dispone lo contrario, su incredulidad será genuina: realmente él percibe a esa norma como ilegal, no si sabe cómo ni porqué, pero tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la cual se encuentra, no es en absoluto la descripta en la ley sino aquello que sin ninguna dificultad atiende de sus superiores y compañeros de trabajo".

O autor conclui que a participação popular e a publicidade na elaboração das normas tocantes à Administração são condições de sua futura eficácia, evitando a criação de um parassistema, ou, segundo a terminologia de Bobbio, de um poder invisível.

Transpondo as noções defendidas para os procedimentos relativos a concursos públicos, é imperioso afirmar que a publicidade dos certames é a regra, somente sendo admissível sigilo para preservar a intimidade, a vida privada, a imagem das pessoas ou a segurança da sociedade e do Estado ^{4 1}. Especificamente, podemos estatuir que:

- a) a publicidade dos certames deve ser ampla o suficiente para possibilitar que se alcance o maior número de candidatos possível. Assim, o aviso referente ao concurso (informando de sua realização e onde e como pode-se ter acesso ao edital) deve ser divulgado com antecedência razoável na imprensa oficial, em meio eletrônico e em jornal de grande circulação, consistindo tal divulgação em condição essencial para a lisura do evento;
- b) a divulgação dos resultados das etapas preliminares também deve ser ampla e com antecedência razoável para permitir interposição de recursos. Atendendo à impostergável imposição democrática de transparência, a divulgação dos resultados, em regra geral, deve identificar nominalmente os aprovados em cada etapa, afrontando este princípio e o da moralidade a divulgação somente de números de inscrição ^{4 2};
- c) o acesso aos atos que servem como elementos de defesa deve ser facilitado e irrestrito, não havendo fundamento para negativa de vista de provas, laudos ou atas de correção, por exemplo ^{4 3}; no mesmo sentido não se pode negar o direito à obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b, da Constituição);
- d) em razão da produção contemporânea de atos com posterior efeitos jurídicos, o acesso aos locais onde se realizam provas orais ou práticas deve ser liberado ao público, obviamente com observância das cautelas mínimas necessárias ao seguro e tranquilo seguimento do concurso;
- e) a publicidade oficial é condição de eficácia de todos os atos referentes ao concurso (editais, resultados parciais e definitivo, convocações para etapas, impugnações, etc.) ^{4 4}.

4 Notas finais

A imposição constitucional de acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso público tem importante razão de ser: o princípio democrático exige participação popular no exercício das atividades estatais; o princípio da isonomia garante que todos devem ter igualdade de oportunidades e condições para ascender às posições públicas estáveis; e o princípio da eficiência impõe a escolha dos mais aptos para ocupar tais posições. O delineamento constitucional do concurso público determina a aplicação de diversos

princípios, afigurando-se mais relevantes para a defesa do cidadão os do contraditório e ampla defesa, motivação, legalidade, igualdade, vinculação ao edital, moralidade, publicidade e razoabilidade e proporcionalidade.

A afronta aos princípios constitucionais, é certo, dificilmente ocorre de forma isolada: comumente um mesmo ato ou conduta viola vários ou todos os princípios aplicáveis. Espera-se a vigilância da Administração e do Judiciário para que os concursos não se tornem simplesmente a legitimação procedimental da violação ao ordenamento, verdadeiro atentado aos anseios da democracia e às exigências da isonomia.

5 Bibliografia

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo; v.225, p.5-37, jul./set.2001.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Estado, governo, sociedade, por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAZ, Sérgio; Dallari, Adílson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O estado no limiar do novo século*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, pág. 81-90, jun./set. 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

_____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito de Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fé en el derecho administrativo*. 3.ed. Madrid: [s.ed.], 1983.

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

_____. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1997, n.17, p.5-33.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional - construindo uma nova dogmática jurídica*. 1.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v.214, p.27-34, out./dez.1998.

ZANACANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano 1, n.9, dez.2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 26 fev 2003.

¹ Este estudo foi concebido em homenagem ao estimado Professor Adílson Dallari, notável jurista de incontáveis virtudes, sobretudo éticas, que sempre professa em suas obras profundo apego pelos ideais do Estado de Direito e da democracia.

² Segundo Hauriou, citado por Arnold Wald, 'a transformação sofrida pelas ciências não mais se limita às ciências naturais. As noções de condicionamento, aleatoriedade e relatividade desenvolvidas pelos matemáticos e que, inicialmente,

renovaram a Física e a Química, começam a transformar as Ciências Jurídicas e, em particular, o Direito Administrativo'. *In: Novas tendências do direito administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza. RDA 202: 43-47)*

³ Tais fatores, embora sob outra abordagem, também são identificados como bases das transformações do Direito Administrativo por Patrícia Baptista (*Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003)

⁴ Segundo Luís Roberto Barroso, 'desde as grandes revoluções que abriram caminho para o Estado liberal - inglesa (1689), americana (1776) e francesa (1789) - o *constitucionalismo* tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o *fim da história*, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticadas ao longo do tempo não se provaram mais atraentes'. As outras vias, segundo o autor, são o unipartidarismo, o militarismo e o fundamentalismo. (*In: Dez anos da Constituição de 1988: Foi bom pra você também?* [mimeo]).

⁵ Segundo Paulo Ricardo Schier (1999, p.103) '(...) os valores constitucionais primeiramente devem buscar realização, impondo-se mediante a ordem infraconstitucional. (...) projetado este vetor positivo para a incidência na ordem infraconstitucional, afirma-se a necessidade de se *interpretar esta sob a luz da axiologia constitucional, atribuindo os sentidos que permitam a máxima realização dos valores contidos na Lei Fundamental*. Este vetor ainda possibilitará a compreensão de que as normas constitucionais devem ser aplicadas imediata e diretamente, independentemente de normatividade intermediária, ou contra ela e no lugar dela, quando se tratar de comandos exequíveis por si mesmos'.

⁶ De acordo com Odete Medauar, 'o princípio da legalidade também em outros ordenamentos passou a assentar-se em bases valorativas, 'amarrando' a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. Assim, por este aspecto, o princípio da legalidade significa não mais a relação lei-ato administrativo, mas a dimensão global, ordenamento-Administração' (Medauar, 2003, p.147).

⁷ A esse respeito: MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸ Expressões do eminente Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira.

⁹ Uma observação, ainda que breve, da Constituição da República e da legislação inferior atual (como a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade) atual permite confirmar a primazia que se tem conferido à participação popular, como decorrência do princípio democrático.

¹⁰ Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos decorre dos princípios da participação política, da igualdade e da república, dentre outros (1999, p. 144).

¹¹ No mesmo sentido ensina Odete Medauar (1992).

¹² BARCELLAR FILHO, 1998, p.47.

¹³ BARCELLAR FILHO, 1998, p.67.

¹⁴ WADE, H.W.R. *Derecho Administrativo*. Traducción de Mariano Baena Del Alcazar y Elena Bardon Fernandez. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p.34.

¹⁵ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

¹⁶ Esse o breve 'roteiro' para analisar o atendimento ao princípio da igualdade segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2002).

¹⁷ Em caso exemplar, o STF declarou a inconstitucionalidade de texto legal que conferia vantagens, para fins de concurso público, aos detentores do título de 'Pioneiro do Tocantins' (ADI 598-TO e RE 202489-TO; Rel para o Acórdão Min. Maurício Corrêa).

¹⁸ RE 209714-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 212066-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 197847-MG e RE 216929-RS, Rel. Min. Moreira Alves; e RE 176081-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti.

¹⁹ Confirmam-se, a respeito, as referências bibliográficas deste artigo.

²⁰ Nesse sentido: 'Administrativo. Constitucional. Concurso público. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional. Direito de vista da prova e de interposição de eventual recurso administrativo. I - O direito de vista de prova, para fins de eventual recurso, na esfera administrativa, encontra respaldo na garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, incisos XXXIV, b, e LV. II - Remessa oficial desprovida, sentença confirmada' (TRF 1ª Região, REO no MS 1997.01.00.020609-1/DF, 6ª Turma, Rel. Juiz Souza Prudente).

²¹ FERRAZ Dallari, 2001, p.24.

²² Segundo o eminente Professor: 'O princípio da moralidade (...) não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer os laços sociais' (p. 69).

²³ Odete Medauar, ao seu turno, apoiando-se na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia, fala sobre o princípio da confiança legítima no sentido de respeito à continuidade das leis e à confiança dos indivíduos na subsistência das normas (Medauar, 2003, p. 247)

²⁴ Confira-se o seguinte Acórdão como exemplo: 'CONCURSO PÚBLICO. EXAMINADOR QUE É SÓCIO DOS DOIS PRIMEIROS COLOCADOS NO CERTAME. 1. Qualquer que seja a extensão e o sentido que se dê ao princípio da moralidade administrativa (Carta Magna, art. 37, *caput*), não se poderá negar ofensa a ele quando um dos componentes da banca examinadora de concurso público mantém sociedade civil com os dois primeiros colocados no certame. 2. Por outro lado, a ausência de lei específica não impede a declaração de nulidade, pois nem tudo que é lícito é honesto. 3. Remessa improvida' (TRF 1ª Região, REO 01000048160-MA, Rel. Juiz Leão Aparecido Alves).

²⁵ TRF 4ª Região, AC 9204156678-RS Relª Juíza Luiza Dias Cassales.

²⁶ Confira-se importante Acórdão do TRF da 1ª Região, relatado com brilhantismo pelo Des. Federal Jirair Aram Meguerian (AMS 01384405-DF, DJ de 09.10.97).

²⁷ FERRAZ; Dallari, 2001, p.58.

²⁸ Nesse sentido: RE 326349 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE 342074 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa.

²⁹ Nesse sentido tem entendido o Supremo Tribunal Federal. Com relação ao exame psicotécnico, o STF exige previsão legal e avaliação sob critérios objetivos de reconhecido caráter científico (RE 188234-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 19.03.2002).

³⁰ Averbou em acórdão de sua lavra o Ministro Marco Aurélio: "A ordem natural das coisas, a postura sempre aguardada do cidadão e da Administração Pública e a preocupação insuplantável com a dignidade do homem impõem o respeito aos parâmetros do edital do concurso" (STF, RMS 23657/DF).

³¹ STJ, ROMS 9958 - TO, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, órgão julgador: 5ª Turma, em 15.05.2000.

³² STJ, ROMS 10980-ES, Rel. Min. Edson Vidigal, órgão Julgador: 5ª turma, em 16.12.1999.

³³ STJ, ROMS 16733-MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, órgão julgador: 5ª turma, em 16.10.2003.

³⁴ Paulo Arminio Tavares Buechele, com apoio na jurisprudência do STF, conclui que o princípio da proporcionalidade, no ordenamento constitucional brasileiro, encontra-se albergado na face material do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição (Buechele, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.147).

³⁵ Em bom tempo sumulou o Superior Tribunal de Justiça que: 'O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse, e não na inscrição para o concurso público' (Súmula 266 do STJ).

³⁶ AI 194188 AgR - RS, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 30.03.1998. Órgão Julgador: 2ª Turma.

³⁷ RE 148095-MS, Rel. Min. Marco Aurélio, e RE 140889-MS, Rel. original Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa. Nesse último julgamento, o Min. Marco Aurélio entendeu, isoladamente, que a exigência de altura mínima seria incompatível com o cargo de delegado de polícia, já que este quase sempre exerce funções internas, não sendo necessário o porte intimidador.

³⁸ RE 192568, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 23.04.1996.

³⁹ TRF 1ª Região, APC nº 020704-8/BA - 5ª Turma, julgado em 13.05.02. Tratava o caso original de ação civil pública impetrada pelo Ministério Público com o intuito de anular concurso para magistratura do trabalho em razão da atribuição, pelos examinadores, das mesmas notas para os candidatos, aparentemente contrariando disposição resolutiva que determinava avaliação individual e entregue lacrada por cada um dos avaliadores.

⁴⁰ Cumpre transcrever, sobre democracia representativa e representatividade, passagem lapidar de Carl Schmitt, citado por Bobbio: 'A representação apenas pode ocorrer na esfera da publicidade. Não existe nenhuma representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas. Um parlamento tem um caráter representativo apenas enquanto se acredita que sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, acordos e decisões secretas de qualquer comitê podem ser muito significativos e importantes, mas não podem jamais ter um caráter representativo' (*O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 101).

⁴¹ Segundo Ferraz e Dallari, 'quando a lei for omissa somente pode haver segredo por exigência de ordem lógica, como é o caso, por exemplo, das questões a serem respondidas pelos candidatos em um concurso público. (...) Situações existem nas quais a prévia divulgação das ações a serem empreendidas pode torná-las inúteis. Mas não se perca de vista que a regra geral é a da publicidade' (2001, p. 83).

⁴² Nesse sentido confira-se acórdão do STF apreciando a ADI nº 2206 - AL, Relator Min. Nelson Jobim.

⁴³ Ferraz e Dallari defendem inclusive o direito de acesso aos pareceres e emissão de certidão atestando seu teor, em razão do valor de suas razões (2001, p.84).

⁴⁴ Assim decidiu o TRF da 1ª Região: 'Mandado de segurança. Concurso Público. Convocação de candidatos. Forma. Defeito na publicidade. 1 - Se a falta de ampla publicidade prejudica o candidato, que deixa de comparecer para prestar exame, cabe o *mandamus* para ressaltar a questão. 2 - Remessa desprovida' (REO 01088473, Relator Juiz Alves de Lima. Processo nº 199001088473-DF).