
CONCURSO PÚBLICO E MERITOCRACIA. PARÂMETROS PARA UMA ANÁLISE JURÍDICA

*Luiz Felipe Cardoso de Moraes Filho
Advogado da União
Coordenador de Ações Trabalhistas*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição, valores e aspectos histórico e social; 2 Princípios jurídicos gerais aplicáveis aos concursos públicos; 3 O mérito na prática democrática e alguns problemas atuais sobre concurso público; 4 A análise jurídica do concurso público e a necessária integração consultivo contencioso na advocacia pública; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O concurso público para provimento de cargos públicos é tema de extrema importância jurídica atualmente, em razão de seu alto valor democrático, pois é o principal sistema meritocrático existente no Brasil e por ser amplamente adotado, em função da sua obrigatoriedade prevista no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.

Apesar da sua importância jurídica, política, econômica e social, não há legislação infraconstitucional específica, o que contrasta com a farta jurisprudência existente, nem obrigatoriedade de análise jurídica de seu procedimento pela advocacia pública federal.

O procedimento do concurso não deve diferir das demais espécies de licitação pública, e sua análise jurídica deve ser feita principalmente com base nos princípios constitucionais concernentes à Administração Pública, ante a ausência de norma específica, buscando-se sempre garantir a meritocracia inerente ao sistema e tendo como parâmetro a rica jurisprudência acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Meritocracia. Democracia. Análise Jurídica. Princípios Constitucionais. Advocacia Pública.

ABSTRACT: The public contest to hire civil servants is a matter of great legal significance today because of its high democratic value, as it is the main meritocratic system existing in Brazil and is widely adopted, according to its obligation under article 37, II, of the Constitution of 1988.

Despite its legal, political, economic and social significance, there is no specific legislation, which contrasts with the abundant case law, and also no act that determine a legal analysis of your procedure by the federal public advocacy.

The open tender procedure shall not differ from other kinds of public bidding, and its legal analysis should be made mainly on the basis of constitutional principles concerning to the public administration, due to the absence of a specific legislation, seeking always to ensure meritocracy in the system and using the rich case law about the subject.

KEYWORD: Open Tender. Meritocracy. Democracy. Legal Analysis. Constitutional Principles. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

O concurso público é hoje um dos principais instrumentos democráticos existentes no nosso país e possivelmente uma das maiores contribuições do Direito Administrativo ao Estado Democrático de Direito¹. Por se tratar de um sistema notadamente meritocrático, permite que qualquer cidadão ingresse no serviço público, desde que reúna as condições materiais exigidas para o cargo ou emprego público, observando e materializando, dessa forma, o princípio da igualdade. O concurso público, como ferramenta para uma gestão eficiente, inaugura a passagem de uma administração burocrática para uma administração gerencial², pois o cerne da gestão volta-se para o servidor, para a qualidade de serviços e para a melhoria dos resultados.

A despeito de sua importância econômica e social, existe pouca investigação científica relativa ao fenômeno social do concurso público, o que se reflete na escassa literatura jurídica sobre o assunto, bem como não mereceu do Legislativo uma normatização infraconstitucional específica, ficando a cargo do Judiciário resolver as inúmeras e crescentes demandas judiciais relativas ao tema com base exclusivamente nos preceitos constitucionais.

Também por parte da Administração Pública verifica-se um certo despreparo e descaso com relação aos concursos. Salvo raras exceções, os editais sequer são submetidos a uma análise jurídica prévia, tal qual ocorre com as licitações públicas, possivelmente diante da ausência de uma norma específica que determine tal análise, o que prejudica não só a lisura do procedimento, mas permite que sejam cometidas arbitrariedades incompatíveis com o sistema concorrencial em apreço.

Por outro lado, o concurso público move uma verdadeira indústria a seu redor, constituída, entre outros, de cursos preparatórios, editoras, livrarias e instituições que se especializaram em realizar concursos. Essa parcela da economia nacional é condizente com o número expressivo e crescente de pessoas que buscam uma vaga nos quadros estatais, sendo certo que em tempos de escassez de empregos, que é uma tendência mundial, uma vaga pública se mostra atrativa especialmente pela segurança financeira e estabilidade que proporciona.

O direito ao trabalho é um direito fundamental, sendo também o acesso ao trabalho público um direito fundamental, talvez ainda mais

1 CALHAU, Lélío. Bancas examinadoras de Concurso Público. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano IV, Vol. 1, p. 56-9, março 2000.

2 PITROWSKY, Marcia. Concurso Público: uma ferramenta para gestão eficiente. In: *Revista de Administração Municipal*, ano 52, n. 260, p. 5-12, outubro/novembro/dezembro 2006.

relevante, pois além do direito social em questão, implica também em um direito político, ao permitir que o cidadão participe efetivamente da esfera administrativa do Estado. Como salienta o Prof. Almiro do Couto e Silva³, o direito a concorrer a uma vaga no serviço público é um direito fundamental relacionado às garantias típicas do princípio democrático, o que é ratificado por outros autores como Márcio Silva Fernandes⁴, que ainda acrescenta que o art. 37, inciso II, é cláusula pétrea, por se referir a direito individual de toda a população.

1 DEFINIÇÃO, VALORES E ASPECTOS HISTÓRICO E SOCIAL

O concurso público é um procedimento administrativo destinado ao provimento de cargos ou empregos públicos mediante uma avaliação de mérito. O nome origina-se do latim, *concursum*, que significa corrida, convergência. Tem suporte constitucional específico, além de guardar consonância com diversos princípios constitucionais, entre eles o que garante o amplo acesso ao serviço público e o princípio da isonomia. Além disso, o seu conceito mostra-se compatível com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu artigo XXI idealiza uma participação popular dos cidadãos no governo do seu país e o amplo acesso aos serviços públicos.

O concurso público não deixa de ser uma espécie de licitação, portanto, está adstrito ao atendimento dos mesmos princípios administrativos e deve seguir uma rotina procedimental comum, posto que não se submeta à Lei de Licitações e Contratos, com a existência de uma fase interna e outra externa (após a publicação do edital), direito de recurso aos candidatos, publicação da classificação e dos demais atos de interesse dos concorrentes, entre outros. O Ministério do Planejamento editou uma portaria⁵ que trata de concurso público, sendo a única fonte normativa infraconstitucional sobre a matéria, sendo que alguns autores defendem a sua inconstitucionalidade, em razão de seu caráter autônomo, como Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz⁶,

3 SILVA, Almiro. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. p. 13-30. In: WAGNER JUNIOR, Luiz (org.). *Direito Público Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

4 FERNANDES, Márcio. O concurso público como corolário do princípio da igualdade. p. 17-28. In: *Caderno Aslegis*, Brasília, vol. 11, setembro-dezembro 2007.

5 Portaria MP 450/2002.

6 MAIA, Márcio; QUEIROZ, Ronaldo. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

além de incidir apenas sobre o Executivo Federal, ser muito sucinta e não emprestar ao tema a relevância que possui.

No Brasil, a obrigatoriedade do concurso público foi uma iniciativa exclusiva do próprio Poder Público, não deriva, dessa forma, de uma vontade soberana popular que reclamava uma participação igualitária na Administração Pública. Pelo contrário, por ser um sistema meritocrático, o qual não guarda sintonia com a cultura nacional que não é meritocrática, o concurso público seguiu uma verdadeira *via crucis* para se impor como principal sistema de provimento de cargos e empregos públicos, sendo que ainda hoje é constante a tentativa de burla a ele, assim como são criadas inúmeras maneiras de afastá-lo, como contratações temporárias, nomeações em cargo em comissão, terceirizações de serviços, entre outros. Todos esses exemplos são constantes na história do concurso público no país, sendo que um dos seus principais idealizadores e defensores, Rui Barbosa, ressentia-se da constante tentativa de impedir que fosse institucionalizado um sistema sério e igualitário de provimento de cargos públicos, ao passo em que recebia inúmeros pedidos de parentes, amigos e políticos almejando um emprego na Administração. Em suma, a cultura do homem cordial brasileiro⁷, em que se confunde o público com o privado, não seria o campo propício para a institucionalização dessa forma de prover os cargos públicos, entretanto, a despeito de todas as barreiras culturais, o concurso é hoje uma realidade e tem perspectiva duradoura, especialmente pelo seu caráter democrático e materializador de diversos princípios constitucionais de relevo.

A primeira constituição brasileira, outorgada ainda durante o período imperial, já trazia uma forma embrionária de concurso público, quando dispunha que os cargos e empregos públicos seriam destinados às pessoas exclusivamente em função de suas virtudes e talentos⁸. Já se buscava, dessa forma, instituir um sistema meritocrático de provimento de cargo público, mas não passava de mero conceito, pois na prática as nomeações eram feitas ao talante do administrador, que por sua vez eram nomeados pelo Imperador. Depois, a legislação infraconstitucional tentou introduzir o concurso público como forma de prover os cargos públicos, mas a falta de uma previsão constitucional

7 BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

8 Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824): "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XIV. Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Cívicos, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes."

clara, somada à relutância cultural de privatizar o espaço público, impediram o sucesso a contento dessa empreitada. Somente em 1937 é que o concurso público alcançou expressamente o *status* constitucional, mas seguiu-se na prática o seu constante afastamento, principalmente porque os dispositivos constitucionais permitiam também outras formas de provimento, pois o concurso não era a regra geral. De qualquer maneira, a previsão constitucional deu força ao instituto, bem como angariou fortes defensores doutrinários e legislativos, sendo que recebeu tratamento especial da atual constituição, eliminando-se as outras formas de provimento e permitindo que o concurso público se firmasse no país.

No âmbito da constituição que precedeu a atual, inserida dentro de um contexto político autoritário, as tentativas de afastar o concurso público se centravam na dúvida existente no texto constitucional sobre a necessidade ou não de uma lei federal, tendo o Supremo analisado diversas vezes o tema, como foi objeto de artigo do atual Ministro Gilmar Mendes⁹, sendo interessante observar que já havia algumas citações sobre o *merit system*, especialmente em uma decisão do então Ministro Francisco Rezek sobre concurso público. Ou seja, até a Constituição Cidadã, o texto constitucional era muito flexível quanto à adoção obrigatória do concurso público.

Tudo indica que o concurso público surgiu na China, uma vez que já é adotado nesse país há mais de mil anos, mas precisamente em 206 a.C. inclusive para provimento até de cargos políticos, em um sistema complexo e bastante respeitado, que durou até 1912.¹⁰ Entretanto, há poucos relatos no mundo ocidental sobre o concurso nesse país, sendo certo que o Brasil buscou inspiração no Direito Francês, que possui uma forte tradição no Direito Administrativo e também adota o concurso público como regra geral para provimento de cargos públicos. É interessante notar que os Estados Unidos, país de cultura essencialmente meritocrática e propaladora da democracia, não utilize o concurso público como meio de acesso dos cidadãos aos cargos públicos, entretanto as formas adotadas por esse país, que se baseiam mais em entrevistas e análises curriculares, também nos parece ser uma forma isonômica de preenchimento de vagas no setor público, muito mais se considerarmos também a doutrina religiosa protestante como

9 MENDES, Gilmar. O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 163. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, vol 100. p. 163-174, outubro-dezembro 1988.

10 Cf. BARBOSA, Lívia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. vol. I, 4.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 29.

marco ideológico¹¹. No Japão, país em que as tradições e o sentimento de grupo é muito forte, e que privilegia a senioridade e a experiência à meritocracia, a seleção de pessoas para preenchimento de empregos, quer sejam de natureza pública ou privada, levam em conta a aprovação e classificação no vestibular, que tem uma forte semelhança com o concurso público, já que ambos institutos são concorrenciais seletivos, mas a seriedade em que os japoneses tratam a coisa pública impede contaminar as entrevistas e análises curriculares que se seguem ao preenchimento da vaga posteriormente¹².

2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS GERAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

A ilustração de direito comparado feita no capítulo anterior é interessante para observar que o concurso público deriva de uma experiência nacional própria, com conceitos e procedimentos aplicáveis apenas no nosso país, mas que guardam semelhanças principiológicas indissociáveis com as outras formas adotadas alhures, sendo certo que todas estão inseridas numa ótica que valoriza o desempenho, o talento e as virtudes dos potenciais candidatos, uma forma igualitária de promover o acesso laboral ao serviço público.

Por isso a descrição das atividades que serão desempenhadas pelo futuro servidor público é tão importante nesse processo, pois ela permitirá que a banca examinadora elabore questões que tenham correlação com essas atividades, como forma de melhor selecionar os candidatos mais aptos, ou seja, aqueles que possuam conhecimentos e capacidades estreitamente ligadas às funções públicas que serão desenvolvidas. Somente uma descrição minuciosa das atividades permite a confecção de exames próprios para o cargo público em referência, permitindo a concretização dos princípios da isonomia e da meritocracia, que são os principais condutores do concurso público. Dessa forma, a análise jurídica do edital de concurso deve zelar para que fiquem bem descritas as atividades que serão desenvolvidas pelo servidor, pois estas serão o instrumento indireto para auferir a capacidade de cada um dos candidatos.

Além disso, a igualdade também deve ser vista pela perspectiva legal, isto é, como uma igualdade existente na própria lei, como por exemplo a razoabilidade de uma discriminação feita pela norma. Enquanto a isonomia dirige-se ao aplicador legal, que só pode

11 BARBOSA, op. cit.

12 BARBOSA, op. cit.

discriminar segundo a lei, a igualdade na lei dirige-se ao legislador, que só pode criar distinções se forem plenamente justificáveis e se tiverem como propósito exatamente a igualdade material. De qualquer forma, o resultado de ambas concepções é o mesmo, sendo que a adoção de critérios restritivos de participação nos concursos públicos, bem como de classificação, como idade, sexo, só podem ser aceitos desde que sejam justificáveis em relação à função a ser exercida¹³.

A igualdade deve ser perseguida em todas as etapas do concurso, mormente na convocação dos candidatos selecionados, o que muitas vezes não é observado na prática, como aponta Maria Magdala de Barros¹⁴ na questão dos portadores de deficiência quando ficam classificados em lista apartada, sendo que alguns concursos, de forma arbitrária e injustificada, condicionam o chamamento de, por exemplo, 20 candidatos da classificação geral para cada especial. Apesar da existência de dispositivos legais e constitucionais sobre o tema, como o próprio Regime Jurídico Único dos Servidores e o Decreto n. 3298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89, algumas questões de ordem prática, como a acima citada, não se encontram resolvidas, e que demandariam uma melhor análise no caso da criação de uma norma geral sobre concursos públicos.

Os casos de política de igualdade afirmativa, que é um dos fenômenos da multiplicação dos direitos do homem investigada por Bobbio¹⁵, possui algumas previsões constantes da atual constituição, como o acima citado exemplo de preenchimento de vagas por portadores de necessidades especiais, assim como podem ser criados no futuro outros sistemas de cotas para um determinado concurso, ou mesmo de forma geral para todos os concursos. Mesmo assim, essas iniciativas dependem de prévia justificativa e autorização legal e devem ser feitas de forma parcimoniosa, sob pena de prejudicar a própria atividade pública, que não contará necessariamente com os melhores profissionais. De qualquer sorte, por se tratar de uma questão de política pública, é desejável para a sociedade a adoção dessas honrosas exceções, que se feitas de forma responsável não inviabilizam o serviço público nem se prestam a desmoralizar o instituto do concurso público.

Outra questão de extrema importância para uma análise jurídica de um procedimento de concurso público é a questão da publicidade.

13 BELLO, Raquel. O princípio da igualdade no concurso público. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, vol 131, julho-setembro 1996.

14 BARROS, Maria. Portadores de Deficiência e o Concurso Público. p. 22-24. In: *Boletim dos Procuradores da República*, ano IV, n. 45, janeiro 2002.

15 Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Em cidades como Brasília, onde se respira concurso, a publicidade dos concursos é feita até mesmo de forma espontânea, tendo em vista a existência de endereços eletrônicos que mantêm os candidatos sempre bem informados, que por sua vez refletem a mencionada indústria de concursos existente. Entretanto, o concurso público é realizado, ou deveria ser, em todos os municípios brasileiros, sendo que uma das principais forma de garantir a lisura do procedimento é ampliar a participação dos administrados, o que só é possível com a constante e ampla comunicação dos atos referentes ao concurso, que informem sobre todas as características relevantes do concurso, como o número de vagas, o perfil profissional buscado e os procedimentos de inscrição no certame.

A informação deve vir de todas as formas de telecomunicação existentes, internet, celular, televisão, jornais, bem como de campanhas publicitárias onde houver regiões em que se verifique pouca participação popular, ainda que se saiba, frente à realidade brasileira, que esse pouco interesse no concurso advenha possivelmente de outras razões.

É curioso notar que a internet é hoje um dos principais meios de comunicação existente, mas que a Administração Pública teima em não utilizá-la a contento, o que não ocorre com os concursos públicos, pelo menos no âmbito da União, pois observa-se que são um dos poucos assuntos destacados e veiculados constantemente nesses domínios virtuais.

A publicidade permite a participação popular no procedimento administrativo destinado ao preenchimento de vagas no serviço público. Ela serve como um canal de comunicação entre a Administração e os administrados e não pode de forma alguma ser restrita, sob pena de macular o procedimento de forma irretratável, conduzindo à sua anulação por vício absoluto. Somente com a publicidade é que os administrados terão conhecimento dos termos editalícios e, assim, poderão impugná-los, garantindo a participação cidadã e permitindo a fiscalização pública, que redundará, sob outra perspectiva, no aprimoramento e aperfeiçoamento do procedimento. Como cada concurso possui peculiaridades próprias, assim como os fenômenos sociais, a participação popular, que só é possível com a ampla publicidade dos feitos relativos ao concurso, é que possibilitará a conformação do procedimento aos objetivos públicos e à satisfação dos candidatos.

Para ser ampla, a publicidade deve ser feita de forma a atingir o público alvo, no caso toda a coletividade, uma vez que, em princípio, todos podem participar dos concursos. Mesmo quem não queira participar, ou mesmo não tenha interesse direto no processo de seleção, tem o direito de ter conhecimento de todos os procedimentos instaurados, bem como

de se insurgir contra atos que entenda irregular, pois é um interesse do cidadão que o preenchimento de vagas nos concursos seja feito de forma isonômica, o que garantirá uma melhoria dos serviços públicos que ele usufruirá, uma vez que um serviço público de qualidade só é alcançável com profissionais gabaritados e com capacidade certificada para o trabalho que será desenvolvido, que, a seu turno, só será garantido com uma esmerada realização procedimental. Assim, o papel do administrado é de fundamental importância para a condução dos trabalhos da Administração concernentes ao concurso, do mesmo modo que um certame bem realizado é de importância ímpar para a vida do administrado, já que terá repercussão direta na qualidade do serviço público que lhe será prestado. Logo, a publicidade não pode ser vista apenas como um empecilho retardador do procedimento relativo ao concurso, mas sim como uma ferramenta indispensável de ampliação da participação democrática no certame.

Em razão do acima mencionado fenômeno mundial de escassez de empregos, a aprovação em um concurso público é motivo de muita preocupação para diversas pessoas, que se preparam durante anos visando a obtenção de um cargo público, refletindo um drama na vida dessas pessoas a não-realização de suas aspirações, o que só aumenta a responsabilidade dos servidores encarregados de conduzir esse procedimento administrativo da forma mais lícita possível.

Como corolário da isonomia no concurso público, a impessoalidade também é um princípio constitucional de observância obrigatória em todas as etapas do concurso público. Não se coaduna com a natureza do concurso o favorecimento a qualquer título a algum dos concorrentes. Os exames aplicados devem objetivar a conformação do exigido nas questões às atividades que serão desenvolvidas pelos futuros servidores, e nunca conhecimentos específicos e irrelevantes para o cargo público em tela que eventualmente possam ter alguns candidatos. Entretanto, ainda que pareça óbvio que todos os candidatos devam ser vistos pela Administração de igual forma, na prática as relações de afinidade entre alguns administrados e administradores corrompem esse princípio, o que deve ser constantemente objeto de fiscalização, do mesmo modo que uma análise jurídica do edital deve banir qualquer dispositivo que possibilite a identificação durante a correção das provas ou que privilegie algum candidato, ou grupos de candidato, sem que haja uma justificativa legal e plausível para tanto.

Como consequência da impessoalidade e em prol da eficiência administrativa, outro princípio mostra-se evidente no perseguido desenvolvimento regular do procedimento de contratação de servidores, a imparcialidade. Não há como idealizar um julgamento objetivo das

questões sem que seja respeitada incontinentemente a imparcialidade, traduzida na prática de avaliar cada questão de modo uniforme, com apenas um peso e de acordo com a medida justa, como se todas as questões fossem do mesmo candidato, daí a relação intrínseca que se evidencia com a impessoalidade, reforçando a análise jurídica de se buscar, não só na correção dos exames aplicados, mas em cada ato praticado e em todo o restante do procedimento administrativo, a manutenção do respeito aos dois princípios.

A parcialidade pode surgir de forma sutil, sendo relevante se discutir mais os contornos da impessoalidade, haja vista o apreço que o povo brasileiro possui em violar tal princípio, tratando a Administração Pública como uma extensão da sua casa, ou mesmo buscando atenuar a rigidez do procedimento, atribuindo ao seu candidato preferido um saber indiscutível e, portanto, *hors concours*. A existência de questão que foi exaustivamente debatida por apenas um seletor grupo de candidatos com um examinador que porventura leciona em cursos preparatórios para concursos pode, a depender da análise dos demais fatos, resultar em violação à imparcialidade, se, por exemplo, conjuntamente ao fato apresentado, a questão guarda pouca ou nenhuma relação com as atribuições previstas do cargo/emprego, ou ainda, se as questões não possuem um apelo científico relevante e digno de ser cobrado em uma prova que se busca de forma objetiva avaliar a capacidade laboral de uma pessoa.

Já a eficiência é menos uma questão afeta ao procedimento administrativo propriamente dito do que uma questão relativa à obtenção por parte da Administração do melhor funcionário possível, dentre todos os interessados, por consequência da meritocracia que regula toda a motivação administrativa nesses casos. Mesmo assim, é importante observá-la da ótica do processo, visto em contraposição ao procedimento em razão da existência de algum tipo de conflito que se necessite compor¹⁶, para atribuir também papel relevante à eficiência do ponto de vista do procedimento administrativo p. d., que pode ser exemplificado na rapidez de todos os trabalhos, desde que não prejudique o percentual de eficiência atribuível ao resultado final. Eficiência, nesses casos, significaria algo como a melhor forma de

16 BACELLAR FILHO, Romeu. O Concurso Público e o Processo Administrativo. p. 73-89. In: MOTTA, Fabrício (org.). *Concurso Público e Constituição*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. "Temos sustentado que o procedimento é a forma de concretização do agir estatal. É o iter percorrido para uma manifestação ou atuação estatal. Mesmo a produção de atos administrativos rotulados de "simples" envolve uma seqüência de atitudes direcionadas a um fim, o que se denomina procedimento. É, pois, uma sucessão ordenada, seqüencial e legal de atos e operações que conduzem a um ato final almejado pela Administração Pública. [...] Quando do procedimento puderem advir efeitos à esfera jurídica das pessoas e estas vierem a participar sob o prisma do contraditório, ou ainda quando externarem uma acusação, tem-se o processo." p. 78-79.

obter o resultado desejado. Note-se que são poucas as práticas sociais públicas que materializam comprovadamente a eficiência e que não são concorrenciais, como licitações, vestibulares ou concursos.

A prática do concurso público tem uma função educativa de valorização da meritocracia e, assim, serve como um instrumento moralizador do Poder Público, o que propiciou uma melhoria dos serviços públicos nacionais, principalmente após a atual constituição federal, que tornou obrigatória a sua realização.

O referencial utilizado para a compreensão da moralidade administrativa, que deve ser feita caso a caso em razão da indefinição conceitual inerente ao tema, deve ser a finalidade pública almejada. Portanto, como função da legalidade estrita que está submetida a atuação administrativa, a moralidade está compreendida na legalidade substancial, isto é, na finalidade pública decorrente da vontade expressa nas normas aplicáveis. Assim, conceitos como boa-administração, abuso de direito, desvio de finalidade, não podem ser atribuídos à moralidade administrativa sem uma análise factual dos motivos do ato e do seu objeto. Por isso, no caso dos concursos, a moralidade administrativa deve ser objeto de uma análise jurídica circunstancial, preferencialmente a ser adotada ainda na fase interna do concurso, como forma de impedir a publicação de editais que não atendam à finalidade do certame. Além disso, todos os demais atos administrativos concernentes ao referido procedimento devem obediência à moralidade, sob pena de não atingir a finalidade do concurso público, que é a de selecionar o profissional mais apto para trabalhar para o Poder Público.

Salienta-se a afirmação pertinente ao tema de Norberto Bobbio¹⁷ sobre moral, já que se trata de um dos maiores estudiosos da obra de Kant, que, por sua vez, melhor analisou filosoficamente o tópico, de que a moral é ambígua e obscura, como a história da humanidade, inexistindo indicadores ou parâmetros para medir o seu progresso, concluindo que ela se refere a uma realidade e valores específicos e pode ser definida como o conjunto de regras de conduta adotado por uma determinada população. Aplicando-se à Administração, trata-se dos valores que pautam a sua conduta, a sua noção entre o certo e o errado.

3 O MÉRITO NA PRÁTICA DEMOCRÁTICA E ALGUNS PROBLEMAS ATUAIS SOBRE CONCURSO PÚBLICO

Com relação aos exames que são aplicados nos concursos públicos, seguem-se diversas preocupações de ordem prática e jurídica,

17 BOBBIO, op. cit.

com contornos também políticos e filosóficos. Em primeiro lugar, há o sério problema da composição das bancas examinadoras, bem como dos órgãos e empresas especializadas em realizar concursos públicos. Além disso, a avaliação do conteúdo programático condizente com as atribuições dos cargos é extremamente complicada, sem contar que com o novo paradigma científico é difícil sustentar qualquer posição como uma verdade absoluta e inofismável, o que, em tese, pode prejudicar o caráter objetivo dos concursos.

As bancas examinadoras devem ser compostas por pessoas que detenham conhecimento técnico superior, ou pelo menos igual, ao dos candidatos, o que é uma obrigação apenas em tese, já que nada impede que um candidato detenha na prática mais conhecimento que o examinador, sendo que este fato, *a priori*, não macula o procedimento. O que se busca com a essa enunciação é a de que a banca seja composta por pessoas com conhecimento técnico inquestionável e compatível com o conteúdo técnico dos exames, em prol da eficiência do certame.

Deveriam ser privilegiadas questões que exijam uma solução para um problema apresentado, buscando-se avaliar as condições do candidato frente ao cotidiano no serviço público, em vez de questões que exijam muita memorização, rotineiramente de artigos de normas, que pouco acrescentam para a eficiência futura do serviço público, salvo se forem dispositivos que serão constantemente utilizados pelo servidor em seus afazeres diários.

Em consonância com o pensamento ora exposto, cita-se o artigo do Prof. André Cleófas Uchoa Cavalcanti¹⁸, que em 2002 afirma que a reestruturação do ensino jurídico no país ainda não tinha produzido efeitos nos resultados das provas dos concursos públicos, nem na elaboração dessas provas, salientando também que estas deveriam ser melhor formuladas, de acordo com as atribuições dos cargos e da nova visão do Direito, bem como que as bancas deveriam ser compostas por pessoas pedagogicamente qualificadas, exigindo-se mais raciocínio jurídico e menos memorização.

No que tange à realização do concurso, hoje em dia há inúmeras instituições especializadas nessa tarefa, de diferentes naturezas jurídicas, como órgãos públicos e empresas privadas, que fazem toda a parte referente aos exames, escolhem a banca, elaboram e aplicam as provas, entre outras tarefas. O Cespe¹⁹ é um exemplo de uma dessas instituições, que são altamente especializadas e requisitadas, sendo que

18 CAVALCANTI, André. Ensino Jurídico e Concurso Público. p. 179-86. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 18, 2002.

19 Centro de Seleção e Promoção de Eventos, órgão da Universidade de Brasília responsável pela realização do vestibular.

em uma eventual legislação reguladora de concursos seria indispensável que o tema fosse contemplado, podendo-se até mesmo criar um órgão público específico responsável por essas atribuições, tal qual o próprio Cespe, pelo menos no âmbito dos cargos públicos da União.

Outro problema dos concursos públicos digno de nota é a questão referente ao ingresso de agentes do crime organizado no serviço público. Por ser um acesso amplo e democrático, suspeita-se que o concurso seja utilizado por máfias para alocar pessoas com o intuito de obter informações sigilosas e influenciar decisões administrativas, de modo que se revela importante a realização de exames psicotécnicos e de uma investigação social prévia do candidato aprovado, como meio de não permitir que isso ocorra, mormente nas ditas carreiras típicas de Estado, em razão do poder político inerente às suas funções. Tal investigação é realizada atualmente por meio do fornecimento de atestados (antecedentes criminais, processos judiciais, etc.), ou por meio de entrevistas de pessoas indicadas pelo concorrente.

Nesse contexto, revela-se igualmente importante que alguns atos do concurso público sejam revestidos de sigilo, mesmo que isso possa aparentemente restringir as liberdades individuais e coletivas. Assim, apesar de ser consenso de que os candidatos devam ter acesso aos critérios de correção de provas, incluindo os exames psicotécnicos, a fim de permitir o direito de recurso, tendo sido inclusive a matéria objeto de recente súmula editada pela Advocacia-Geral da União²⁰, alguns parâmetros podem eventualmente ficar acobertados pelo sigilo, ao menos antes da realização dos exames, para não permitir que organizações criminosas possam contornar os filtros utilizados pela Administração na seleção do pessoal, o que só será possível verificar diante das justificativas apresentadas e dentro de uma análise jurídica prévia, sempre com muita cautela e parcimônia, a fim de não violar princípios constitucionais como o da publicidade.

20 Súmula n.º 35, de 16 de setembro de 2008. “O exame psicotécnico a ser aplicado em concurso público deverá observar critérios objetivos, previstos no edital, e estará sujeito a recurso administrativo.” *Precedentes: Supremo Tribunal Federal*: RE 188.234-4, Rel. Min. Neri da Silveira, julgamento em 19-03/02; AgAI 318.367-3, Relator Min. Celso de Melo, julgamento 27/08/2002 -AgAI,660.815-4, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30/10/2007, DJ de 22-11-2007; AgRgAI 630.247-4, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 08-5-07, DJ de 01-06-2007, AgRgRE 466.061-0, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 30/06/2006, AgRgRE 433.921-8, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 24/02/2005, RE 243.926-6, Relator Min. Moreira Alves, DJ 10/08/2000. *Precedentes no STJ*: AgRg no RESP 335.731, Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgamento 31/05/2005; RESP 462.676, Relator Min. Paulo Medina, Julgamento 23/03/2004; AgRgno EDcl no RESP 525.611, julgamento em 11/12/2007; MS 9183, Relator Min. Paulo Medina, julgamento 09/08/2006, RESP 685.726, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento 10/05/2007, ROMS 20480, Relator Paulo Medina, julgamento 30/05/2006, ROMS 17103, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 03/11/2005.

Mérito não significa tão-somente a melhor técnica, mas também o melhor perfil, razão que justifica a realização de exames psicotécnicos. Entretanto, alguns dos testes que são realizados nesses exames permitem que o candidato seja treinado para responder de acordo com o perfil desejado para o cargo, condicionando à resposta certa dentro do padrão definido, desde que saiba de antemão quais desses testes serão utilizados, o que implica em adulteração do resultado, de modo que não revelar qual teste específico será aplicado antes da realização desses exames, pode não comprometer necessariamente a publicidade, e ainda garantir a igualdade por meio da meritocracia. É importante notar que neste exemplo o exame psicotécnico não serve como critério de classificação, mas apenas como critério de seleção, por perfil e não por técnica, evitando candidatos que tenham alta probabilidade de cometer desvios de conduta social. Lógico que qualquer tipo de restrição de informação por meio do sigilo é situação crítica e extraordinária, portanto merece uma justificativa plausível, devendo todo o contexto ser muito bem analisado caso a caso para que possa ser adotada.

Com relação à meritocracia, esta pode ser definida como um conjunto de valores que postula que as posições do indivíduo na sociedade decorrem do seu esforço, talento e habilidade. A meritocracia, assim, correlaciona-se de forma inseparável da igualdade, como bem pontua a Prof. Lívia Barbosa²¹. Afirma a autora que nos Estados Unidos há uma ideologia meritocrática fortemente enraizada na formação cultural desse país, em que cada um é o que consegue pelo seu próprio esforço, sendo importante para o Estado apenas promover a igualdade de oportunidades, diferenciando *winner*s de *loser*s, o que retrata, por outro lado, uma concepção muito individualista, com pouca preocupação com o bem-estar coletivo, calcada na competição e inovação. Já no Brasil, a autora entende que a meritocracia é um esforço do Estado e não da sociedade, o que coincide com a investigação histórico-legal do concurso público no Brasil, aduzindo que os instrumentos existentes são formais e ainda pouco efetivos, como o concurso público e a avaliação para promoção de servidores. Acredita que o distanciamento cultural brasileiro da meritocracia tenha como causa a concepção dos indivíduos de que a igualdade deva ser substantiva e patrocinada pelo Estado, já que entendem que a posição de cada um é fruto dos desígnios naturais e das oportunidades, e não do esforço, habilidade e talento, o que é diametralmente oposto à concepção estadunidense. Nesta, a noção de igualdade de oportunidades é dominante em todas as classes sociais, apregoando que o trabalho diligente, pautado no

21 Cf. BARBOSA, op. cit. p. 36-103.

esforço e na capacidade pessoal, determina o progresso, a mobilidade social e as oportunidades, tal qual o *log cabin myth* de Horatio Alger²², concretizado na ascensão de um lenhador à presidência da República – Abraham Lincoln. Provavelmente o protestantismo, que é a doutrina religiosa adotada pela maioria da população deste país, também tenha forte influência nesta concepção, uma vez que prega que o trabalho e o esforço garantem um lugar no reino dos céus, conforme analisado na clássica obra de Weber²³.

Muito embora seja difícil discordar dessas conclusões, acredito que o Brasil sofreu mudanças recentes que conduziram a uma mentalidade mais meritocrática, possivelmente em decorrência da redemocratização pós-ditadura, sendo crescente o número de pessoas que apostam na igualdade de oportunidades e procuram valorizar práticas de mérito, como o concurso público. Até mesmo a ascensão de um trabalhador braçal à presidência da República, que ocorreu em 2003 com o atual presidente, serve como exemplo de que é possível a ascensão social, caso haja esforço nesse sentido.

Convém também citar a análise da citada autora sobre a concepção cultural nipônica, por ser totalmente diferente da estadunidense e da brasileira, o que demonstra a pouca serventia na adoção de soluções estrangeiras para problemas locais. No Japão, o mérito também é visto como uma forma de promover a igualdade, só que a desigualdade natural de cada um não é bem vista e deve ser atenuada, sendo o individualismo e a criatividade, nesse contexto, inibidos em prol do coletivo e do grupo a qual pertence o indivíduo. Cita que o principal sistema meritocrático japonês é o vestibular, que condiciona a obtenção dos melhores empregos, o que necessariamente não corresponde aos melhores salários, nem que o esforço de cada um faça com que ele seja posteriormente promovido, pois o sentimento de grupo e o respeito à senioridade são mais importantes.

A democracia é a busca pelo ótimo social. É uma constante construção social objetivando a perfeição, de forma a melhorar a vida de todos os indivíduos indistintamente, daí a necessária atenção e respeito às minorias políticas. Como sistema político está em plena transformação, de modo que não se pode prescindir de qualquer dos seus componentes, nem mesmo os mais tradicionais, como forma de inibir intervenções indevidas nessa construção e que resultem em obstáculo para o atendimento do pleito social. Tudo nela é passível de

22 Cf. LASCH, C. *The culture of narcissism. American life in age of diminishing expectations*. New York: W. Norton, 1978 apud BARBOSA, Livia. op. cit.

23 Cf. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 1. ed. São Paulo. Martin Claret, 2001.

mudança, há de se observar o passado que nos demonstra essa tendência conceitual, razão pela qual todas as definições e teorias não passam pelo crivo esmagador das mudanças de paradigmas, o que condena a humanidade à eterna busca do melhor.

Por outro lado, os fenômenos sociais e naturais são exaustivamente estudados e debatidos, em institutos educacionais ou mesmo em outras formas de observações científicas fora do modelo tradicional de estudo, que confere ao saber da humanidade uma noção bastante perspicaz do que se pode entender por ideal ou bem momentâneo, municiando todas as decisões políticas dentro de uma prática dita democrática, ainda que sofra interferências nefastas de outros interesses que não os legítimos anseios de todos os indivíduos. Assim, a observação científica, bem como todos os estudos sobre um determinado objeto, devem ser utilizados para a tomada de decisões político-administrativas, pois constituem a mais fiel descrição do interesse público, o que pode ser visto com cada vez maior constância, desde as chamadas consultorias e assessoramentos técnicos até as consultas públicas, que é favorável à democracia porque aproximam a sociedade da política ao mesmo tempo em que permitem a aproximação das decisões aos interesses concretos da sociedade. É a união da academia com a política, o que já não é coisa recente na história da humanidade, mas que teima em não ter maior expressão em virtude dos interesses contrários ao interesse público. A academia não representa somente o fechado círculo tradicional científico, mas todo o saber aplicado com êxito na prática, englobando também os que são relevados pela comunidade científica por insignificância ou falta de sensibilidade dessa comunidade, ou até mesmo falta de recursos e meios que possibilitem percorrer todos os campos do conhecimento. As decisões hoje em dia quando prudentes e legítimas são tomadas após amplo debate, onde ocorrem as consultas ao público envolvido e o aconselhamento de especialistas sobre o tema, mas que inexplicavelmente podem ser totalmente relevados pela autoridade, o que representa ato contrário ao ideal democrático

A decisão deve ser discutida entre especialistas em um determinado assunto, sendo razoável admitir que a conclusão desses debates é a melhor que se pode obter para esse mesmo tema. Assim, o servidor público deve ser aquele mais apto a discutir os assuntos que a população quer que sejam debatidos, ou seja, aqueles temas que urgem por uma resposta política. Quanto mais se debater temas que interessam à sociedade, mais se efetivará a democracia e mais se cumprirá a função precípua da Administração Pública, que é atender ao interesse público, logo o melhor é que esses temas sejam debatidos de forma isenta e

técnica, sem interferências que não busquem o bem comum, a fim de permitir a concretização do ideal democrático.

Assim, é possível chegar à conclusão que o concurso público é uma prática democrática alinhada ao pensamento platônico do bem cognoscível, uma vez que a racionalidade é o parâmetro para a escolha dos servidores públicos, assim como também se coaduna com o entendimento de justiça e de busca da verdade de Aristóteles, pois reflete o pluralismo de idéias e opiniões existente na sociedade e permite o debate público sobre os problemas sociais²⁴.

4 A ANÁLISE JURÍDICA DO CONCURSO PÚBLICO E A NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO CONSULTIVOCONTENCIOSO NA ADVOCACIA PÚBLICA

A coisa pública, que precisa ser analisada antes de se avaliar o interesse público, tem que ser observada como algo pertencente a todos, não pode ser utilizada para o interesse de apenas um indivíduo, singular ou coletivo, e ainda deve ser feito todo o esforço para que seja respeitada por todos e, assim, a própria sociedade exerça o papel de fiscalização. Exatamente este é o maior problema do concurso público no Brasil, mas coincidentemente é também este o fato da existência de um procedimento com essas feições, administrativamente imposto, coercitivo por expressa determinação constitucional, já que tem como fonte um traço cultural brasileiro de não cuidar bem da coisa pública, mas que por conta de um esforço que já dura algumas dezenas de anos, tem aceitação por grande parte da população da necessidade imperiosa de um procedimento rigoroso para seleção do pessoal público. Entretanto, continua e deve continuar por um bom tempo a ser uma necessidade consuetudinária dessa característica da nossa cultura, melhor dizendo, dessas características, haja vista tratar-se de várias. Como tudo em ciências humanas, o resultado é função de muitas variáveis. Tal qual a democracia, o concurso público é um exercício, que precisa ser constantemente aperfeiçoado. Pode-se citar facilmente uma característica que advém da cultura cristã, que é a solidariedade em relação “ao próximo”. Vê-se o amigo, o parente, o vizinho, em suma, as pessoas que vivem ao redor como alguém que poderia muito bem receber uma ajuda sem causa do Estado, sem ver, sob outra perspectiva, que quiçás seria bem mais adequada à moral cristã, mas que não tem o peso do “próximo”, que o Estado deve enxergar a todos indistintamente e só deve ajudar quem realmente precisa de uma ajuda estatal, tal qual o

²⁴ Cf. CASTRO, Marcus. *Políticas e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*. 1.ed. Brasília: UnB, 2005. p. 17-29.

próximo e o remoto de Nietzsche²⁵ sobre a mesma solidariedade cristã. O Estado Democrático é a ausência de Estado encontrada no Estado Liberal somada a uma onipresença do Estado existente no Estado Social, adicionada ainda da utopia procedimental de um Estado de Direito.

Assim, no Brasil a existência de um direito específico e detalhado sobre concursos torna-se uma necessidade e, portanto, pertence ao grupo dos direitos do homem, universal, pois sem a presença do concurso público há grave prejuízo à liberdade.

Pode ser que em outros países não haja necessidade de um concurso público, como no caso do Japão, onde, por questões culturais, basta que um indivíduo passe bem no vestibular e toda a sociedade já o verá como apto a desenvolver qualquer ofício, mesmo que a prova exija essencialmente memorização, ou melhor exija pouco raciocínio dedutivo, obtendo-se assim um certificado que o autoriza a concorrer a uma vaga pública ou privada²⁶. Pode ser também que não haja carência de emprego em uma positividade do tipo *hic et nunc* ideal, o que não exclui a concorrência inerente à busca pelos melhores postos de serviço, mas pelo menos atenua a imperiosa necessidade existente no Brasil do concurso público como um procedimento jurídico rigoroso.

O judiciário brasileiro acumula uma experiência muito rica de controle constitucional sobre concurso. Além de rica, confere uma estabilidade conceitual que se ramifica na prática jurídica, emprestando efeitos positivos ao controle desse instituto. Não se sabe os efeitos de uma legislação que apreenda toda essa experiência, mas certamente haverá mudanças provocadas por defeitos de interpretação legislativa, que eventualmente podem se distanciar da atual hermenêutica constitucional. Logicamente a sociedade encontra-se sempre em constante transformação, o que se reflete no direito e nas suas curiosas tentativas de positivá-la no passado, mas há quem defenda a perpetuação da norma escrita no campo dos concursos públicos, o que sem dúvida confere uma garantia aos administrados, quer seja na condição de competidor (concurando), quer seja na condição de cidadão espectador, parte indispensável da democracia, quer seja, ainda, por intermédio das inúmeras instituições que zelam para o bem público, revelando-se nesse modo um acréscimo na satisfação com relação ao serviço público, conduzindo para uma pacificação do trato social e atenuando a incerteza atual que depende exclusivamente dos humores do Poder Judiciário.

Em razão da adoção pela Constituição brasileira, o que ocorre em escala mundial após o período pós-guerra, de uma forma híbrida

25 Cf. NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. 1. ed. Martin Claret. São Paulo, 2000. p. 59-60.

26 Cf. BARBOSA, Livia. op. cit., p. 76-103.

e mutuamente alterada dos dois controles de constitucionalidade originalmente existentes – *judicial review of legislation* e o *Verfassungsgerichtsbarkeit* –, muito bem tratados no artigo do Prof. Francisco Fernandez Segado²⁷, foi possível a coexistência de uma análise judicial dos atos de forma difusa, incidental e específica, aplicável ao caso concreto como meio de respeitar os valores constitucionais maiores de liberdade e igualdade, juntamente com uma análise abstrata, geral, *erga omnes*, de índole kelseniana, de respeito das normas à conformação do ordenamento jurídico. Assim, o atual controle jurisdicional de constitucionalidade possui uma capacidade ímpar de impor a preservação dos valores constitucionais assegurados, o que pode ser visto com propriedade no caso dos concursos públicos.

Quando há lacunas na lei, ou mesmo ausência de lei, como ocorre com o concurso público, bem como nos casos controversos e de difícil análise, o Judiciário pode ser obrigado a tomar decisões com cunho mais político do que jurídico, ainda que calcadas em princípios constitucionais, substituindo o legislador, o que convém ao Estado de Direito, pois este é maior que o mero texto legal e sua aplicação. Não é contrária à democracia uma decisão desse jaez, ou seja, com contornos políticos, mesmo que seja tomada fora do âmbito da separação clássica de poderes de Montesquieu, pois decorre do conjunto de princípios constitucionais compatíveis aplicáveis, muito embora hoje em dia seja mais aceito em Ciências Políticas falar-se em separação de função, haja vista que o poder é único e indivisível e emana exclusivamente do povo. Atende também à meritocracia, uma vez que o Judiciário é composto principalmente por pessoas que se submeteram a concurso público, sendo também menos suscetível a interferências de poder em comparação ao Legislativo, logo as decisões políticas centradas em princípios podem favorecer minorias, serem mais justas, beneficiando a democracia e o Estado de Direito²⁸.

Pode-se afirmar que hoje em dia os fatores reais de poder descritos por Lassale²⁹ estão cada vez mais amplamente compartilhados pelos diversos atores sociais existentes, sendo que a meritocracia ocupa um lugar de destaque nesse quadro por causa da presença cada vez maior de servidores públicos bem preparados, decorrência de uma seleção séria feita por concurso público, bem como por um Poder Judiciário que contribui de forma cada vez mais ativa na construção

27 SEGADO, Francisco. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>> Acesso em: 4 set. 2008.

28 Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3-39.

29 Cf. LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

democrática nacional, uma vez que há uma maior liberdade para a sua atuação. Como a essência de uma constituição reflete os fatores reais e efetivos de poder, o reforço da meritocracia como uma necessidade ativa da sociedade implica em ganhos reais à democracia, na medida em que eleva a igualdade e amplia os canais de controle do próprio poder, efetivados pela tomada de decisões de cunho técnico, tanto pelos juizes como pelos demais funcionários da Administração Pública.

Por outro lado, a criação de lei federal sobre o tema deve se restringir a não repetir os erros mais comuns da norma escrita latina, a prolixidade³⁰. O estilo romântico emprestado à confecção da norma, como se fosse um poema lírico, permite uma maior tentativa de desvios, pois dá margem a inúmeras interpretações possíveis, diretamente proporcional ao número de palavras, saindo do equilíbrio em prol da burla as dubiedades de sentido de cada vocábulo, a conotação axiológica de frases e estilos, tudo em prol do que cada um considere como seu direito, conduzindo o administrado em pretender a mudança de interpretação apenas para satisfazer seu interesse exclusivo, mesmo que sua moral tenha plena consciência que seu interesse não coincide com o interesse da coletividade.

Embora a evocação de interesse público muitas vezes sirva como argumento jurídico único e totalmente desprovido de fundamentação razoável, já que é um conceito jurídico indeterminado e totalmente dependente de apreciação *vis à vis* do seu contexto social, o direito fundamental de preservar o interesse de cada cidadão também se insere na perspectiva de análise jurídica do interesse público, assim a pretensão abusiva de modificar o sentido original da norma pode gerar a necessidade de uma análise concreta do caso, com toda a razoabilidade advinda do *due process of law*, de modo a manter a conformidade da realidade com os princípios fundamentais materializados na constituição, ou seja, garantindo-se a controvérsia dialética é que se verificará se a pretensão do autor era abusiva ou não, independentemente da aparente certeza de interesse desarrazoado, pois essa pretensão pode servir como parte de uma mudança de enfoque da questão no rumo da natural evolução social.

De qualquer sorte, eventual norma escrita sobre concurso deve ter como escopo diminuir a possibilidade de surgimento de conflitos nesta seara, mesmo que se saiba que isso é impossível, buscando, dessa forma, a prevenção jurídica. O texto deve conduzir a Administração Pública no caminho desejado pelos valores e princípios existentes na constituição, pois só assim é possível a diminuição de litígios, uma vez

30 Cf. GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*. 1.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

que o conforto proporcionado ao cidadão advindo da obediência à norma material lhe retira a vontade de insurgência, levando à consecução da pacificação social almejada pelo direito.

Contudo, a concisão em relação à conceitualização de princípios pela própria norma escrita também não é bem-vinda, pois a incessante busca pela intenção do legislador primitivo leva à mesma sintomática inconformidade com o texto da prolixidade latina, ou seja, desvirtuamento do sentido que a sociedade esperava como prestação jurisdicional³¹. Os princípios devem estar bem descritos e aplicados aos concursos públicos, de forma a permitir a melhor análise jurídica pela Administração dos percalços naturais que surgem com a efetivação do procedimento administrativo do concurso público, que possa ter como resultado a eficiência administrativa.

As demandas judiciais servem de parâmetro estatístico e conceitual das tarefas do consultivo no âmbito da administração. É necessária a manutenção do contato direto entre as duas tarefas da advocacia pública, contenciosa e consultiva, como meio de permitir a legitimação dos anseios populares, dada pela atuação conforme o pensamento jurídico de justiça, materializando princípios e prevenindo conflitos. A atuação administrativa concentra a maior expressão prática de direito, com as conseqüentes decisões que são tomadas a todo o instante, sendo o provimento judicial parcela muito pequena de todas as questões jurídicas e políticas existentes, mas permite balizar o administrador com o sentimento de justiça contido nas decisões judiciais, e seu maior mérito deve ser o de instrumento de pacificação social por meio da adoção da moral coletiva expressa pelo órgão competente para traduzi-la.

A jurisprudência concernente ao tema dos concursos é bastante ilustrativa sobre o acima afirmado. A par da existência de diversos princípios aplicáveis a todo o procedimento de concurso público, destacam-se a isonomia, publicidade e razoabilidade nas decisões judiciais, pois são os princípios mais relacionados às questões conflitivas próprias ao assunto. Por outro lado, outros princípios são pouco tratados, pois não guardam relação direta com o direito de um candidato específico, mas sim com o sistema como um todo, o que demandaria um esforço próprio do controle interno da Administração para aperfeiçoamento do sistema, e que seria bastante evidenciado se houvesse uma análise jurídica prévia e compulsória. Quanto aos assuntos mais correntes encontrados na

31 GALTUNG, op. cit.

jurisprudência, Dirso Anderl³² faz uma análise interessante, destacando-se temas como a taxa de inscrição, o número de vagas, o tempo de diploma, a conclusão de curso na inscrição do certame, discriminação, portadores de deficiência, exames psicotécnicos, prazo de validade, recursos administrativos, arquivo da documentação e nacionalidade.

De qualquer sorte, em uma análise jurídica bem fundamentada é preciso haver coerência entre a argumentação que será realizada diante dos fatos apresentados com as normas existentes em um sistema jurídico, de modo a alcançar o seu sentido mais geral e perfeitamente aplicado à situação concreta, ou seja, é preciso dar uma razão de coesão e coerência principiológica à argumentação jurídica, tal qual defende o Prof. Neil MacCormick³³.

Como muito bem observado pelo Prof. Almiro do Couto e Silva³⁴, o controle jurisdicional brasileiro de atos administrativos é ainda muito conservador, em comparação à jurisprudência alemã, francesa e italiana, e continuam a evitar entrar no mérito do ato, mesmo quando isso seja indispensável para a realização da justiça. Destaca, ainda, a diferença entre ato administrativo discricionário e conceitos jurídicos indeterminados, concluindo que as questões de uma prova objetiva podem ser objeto de um controle total e irrestrito do Judiciário, o que não ocorre com as provas dissertativas se a correção implica numa análise comparativa com as provas dos demais candidatos, caso contrário também defende que o controle é ilimitado, justificando tal posicionamento na doutrina alemã da área de apreciação, que encontra paralelo na discricionariedade técnica italiana, esta última com impropriedade terminológica, por não se tratar evidentemente de atos discricionários, ante a ausência de opções conferidas ao administrador público.

Do mesmo modo, a advocacia pública contenciosa deve funcionar não só como defensor incontinentemente das decisões administrativas, mas também como instigador do debate judicial sobre as questões conflitivas extremas, de modo a não permitir desvios de fundamentação das decisões judiciais, advindos da falta de dialética e da controvérsia, permitindo, por outro lado, uma visão em várias perspectivas do fato social e contribuindo da maneira adequada para materializar os preceitos constitucionais. Nesse contexto, a experiência da administração consultiva deve fornecer subsídios completos sobre o ato administrativo

32 ANDERLE, Dirso. Concurso Público: princípios aplicáveis. p. 99-107. In: *Revista do TCE*, Florianópolis, vol. 1, n. 1, fevereiro 2003.

33 Cf. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

34 SILVA, Almiro. op. cit. p. 26.

contestado, como instrumento indispensável à boa prática jurisdicional, alicerçando a função essencial à justiça que é a advocacia pública. O parecer consultivo deve retratar a ótica da administração frente ao problema surgido, o eventual processo administrativo instaurado, buscando sempre a correlação legal dos fatos, além evidentemente de demonstrar que a conduta administrativa cuidou de ter como norte os princípios administrativos constitucionais que orientam o caso. Qualquer detalhe sobre os fatos jurídicos importa valoração e deve constar do relatório, assim como a motivação do ato administrativo, definida como o entendimento fundamentado da Administração sobre o problema surgido. Quanto mais se aperfeiçoa o processo integrativo entre o consultivo e o contencioso, mais se reforça a construção da prática democrática.

Como já dito, o edital do concurso público é o meio pelo qual se divulga o ato administrativo, devendo todas as impugnações oferecidas serem recebidas e analisadas juridicamente, por meio de procedimento administrativo próprio, que será a forma de relatar o ocorrido e emprestar um mérito administrativo sobre ele, não havendo razão para a desconsideração de qualquer assunto trazido pelos cidadãos, pois implicaria em violação clara à liberdade e em prática contrária à moralidade administrativa. Além disso, todas as informações que colhidas nesses procedimentos podem ajudar sobremaneira a atuação contenciosa da advocacia pública, sendo a entrega de bons subsídios essencial à materialização da justiça. A ausência de procedimentos administrativos sobre as impugnações e outras manifestações dos administrados, devidamente documentadas e postas à disposição da advocacia contenciosa pública, a contrário senso, empobrece o debate judicial e permite a contumácia pública, reafirmando no mais das vezes abusos cometidos contra o interesse público, quer seja por agentes públicos ou mesmo pelos próprios querelantes. Nunca é demais a vigilância permanente sobre a necessária instauração de procedimentos administrativos de todas as questões surgidas durante um concurso público, devendo igualmente serem conduzidos em obediência aos princípios administrativos, pois só assim o interesse público é satisfeito.

Cabe ressaltar que a ausência de concurso público não é tolerável, sendo a jurisprudência pacífica no sentido de que as contratações que não são antecedidas de prévia aprovação em concurso público padecem de vício de nulidade absoluta, não gerando nenhum tipo de direito ao contratado, salvo a contraprestação do trabalho efetivamente realizado (E-363/TST). Além disso, o administrador que não instaura concurso público está sujeito a compor o pólo passivo de uma ação regressiva

(ação civil pública ou popular), sendo que a doutrina atual administrativa defende a presunção de lesividade decorrente da ausência desse procedimento³⁵, o que é bastante coerente com a natureza jurídica do instituto ora discutido.

Uma análise jurídica coerente e responsável deve também observar a plausibilidade de suas exigências e recomendações, dentro de uma ótica pragmática das situações verificadas, de modo a permitir que o administrador realize o procedimento dentro das condições fáticas apresentadas. Entretanto, isso não significa necessariamente uma flexibilidade excessiva das normas jurídicas, mas sim uma adequação do comando legal à realidade existente, que deve ser objeto dessa análise, uma vez que o mais importante é alcançar a finalidade pública almejada.

Ainda que o seja, a análise jurídica do procedimento administrativo para a realização de um concurso público não pode ser vista somente como um controle jurídico interno da administração, pois possui de igual maneira um componente de assessoramento, de consultoria prévia, consubstanciado em recomendações e avisos sobre o melhor caminho a se tomar, constituindo, dessa forma, em provimento preventivo para impedir o surgimento de conflitos.

5 CONCLUSÕES

Apesar da importância do concurso público como fenômeno social, instituidor de práticas democráticas que objetivam a eficiência administrativa e materializam diversos princípios constitucionais, é pouco estudado e não mereceu até hoje uma normatização infraconstitucional específica.

A meritocracia e a igualdade são os principais condutores do concurso público, uma vez que a finalidade do instituto é selecionar os mais aptos a exercer uma função pública, sendo os demais princípios administrativos constitucionais facilmente extraídos da observância desses dois princípios.

O concurso público é uma necessidade decorrente das condições e valores sociais brasileiros, que não são marcados pela preponderância de uma ideologia meritocrática. Assim, a imposição constitucional de um rigoroso procedimento seletivo é condizente com a realidade social e jurídica brasileira.

A análise jurídica do concurso público, no âmbito da Administração, deveria ser realizada obrigatoriamente, pois permite

35 MAZZILLI, Hugo. Concurso Público na Administração. p. 25. In: *Síntese Trabalhista*, ano VI, vol. 77, p. 15-29, novembro 1995.

um melhor controle do procedimento, além de embasar a defesa judicial de eventuais conflitos, enriquecendo o debate e contribuindo para um aperfeiçoamento do sistema, evitando a violação de direitos e prevenindo o surgimento de conflitos. Da mesma forma, a experiência jurisdicional sobre o tema deve servir como parâmetro para a análise jurídica, revelando a importância dos instrumentos de integração entre o consultivo e o contencioso da advocacia pública.

REFERÊNCIAS

ANDERLE, Dirso. Concurso Público: princípios aplicáveis. p. 99-107. In: *Revista do TCE*, Florianópolis, vol. 1, n. 1, fevereiro 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu. O Concurso Público e o Processo Administrativo. p. 73-89. In: MOTTA, Fabrício (org.). *Concurso Público e Constituição*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BARBOSA, Livia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. vol. I, 4.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

BARROS, Maria. Portadores de Deficiência e o Concurso Público. p. 22-24. In: *Boletim dos Procuradores da República*, ano IV, n. 45, janeiro 2002.

BELLO, Raquel. O princípio da igualdade no concurso público. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, vol 131, julho-setembro 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CALHAU, Lélío. Bancas examinadoras de Concurso Público. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano IV, Vol. I, p. 56-9, março 2000.

CASTRO, Marcus. *Políticas e Relações Internacionais: fundamentos clássicos*. 1.ed. Brasília: UnB, 2005. p. 17-29.

CAVALCANTI, André. Ensino Jurídico e Concurso Público. p. 179-86. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 18, 2002.

- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3-39.
- FERNANDES, Márcio. O concurso público como corolário do princípio da igualdade. p. 17-28. In: *Caderno Aslegis*, Brasília, vol. 11, setembro-dezembro 2007.
- GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos – uma nova perspectiva*. 1.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- LASCH, C. *The culture of narcissism. American life in age of diminishing expectations*. New York: W. Norton, 1978.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAIA, Márcio; QUEIROZ, Ronaldo. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MAZZILLI, Hugo. Concurso Público na Administração. In: *Síntese Trabalhista*, ano VI, vol. 77, p. 15-29, novembro 1995.
- MENDES, Gilmar. O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 163. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, vol 100. p. 163-174, outubro-dezembro 1988.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. 1. ed. Martin Claret. São Paulo, 2000. p. 59-60.
- PITROWSKY, Marcia. Concurso Público: uma ferramenta para gestão eficiente. In: *Revista de Administração Municipal*, ano 52, n. 260, p. 5-12, outubro/novembro/dezembro 2006.
- SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeokelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>> Acesso em: 4 set. 2008.

SILVA, Almiro. Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional. In: WAGNER JUNIOR, Luiz (org.). *Direito Público Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 1. ed. São Paulo. Martin Claret, 2001.