

O acesso a cargos públicos e a recente divergência jurisprudencial entre STF e STJ na questão da possibilidade de remarcação de etapa de concurso público em benefício de candidato do certame

Guilherme Graciliano Araújo Lima

Procurador do estado de São Paulo

Email: gcalima@sp.gov.br

O acesso a cargos públicos e a recente divergência jurisprudencial entre STF e STJ na questão da possibilidade de remarcação de etapa de concurso público em benefício de candidato do certame

Guilherme Graciliano Araújo Lima
Procurador do estado de São Paulo
Mestre em Direito Administrativo pela UFPE

Introdução

O mote central do presente ensaio é demonstrar o embate jurisprudencial atual existente entre os julgados das mais altas cortes do país e adotar posicionamento preciso, em frente à discussão jurídica posta, no tocante à possibilidade ou não de remarcação de teste ou avaliação de candidato a cargo público em concurso para ingresso na Administração.

Em razão do princípio da segurança jurídica, que deve nortear a realização das seleções a cargos ou empregos públicos, debruça-se a jurisdição nacional sobre a maior gama de casos concretos em que, por circunstâncias alheias à vontade do candidato, surge a problemática de permitir a realização de determinada etapa da seleção em momento posterior, analisando, sobretudo, se esse posicionamento administrativo tem o condão de ferir outros princípios constitucionais em relação aos demais candidatos. Em particular, o princípio da igualdade, da impessoalidade e da segurança jurídica.

Com asseio em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a discussão se posta nas próximas passagens, com o intuito de chamar a atenção do leitor e, principalmente, dos procuradores do Estado, em teses de defesa da Administração Pública ou de orientação consultiva, para encontrar possíveis caminhos no trilhar da Advocacia Pública quando se deparar com situações tão peculiares.

O assunto concurso público, inserido no macrotema da acessibilidade aos cargos, apresenta-se como muito fascinante, envolvendo diversas questões polêmicas que, por si só, seriam capazes de gerar inúmeras e infundáveis discussões tais como 1) a legitimidade da imposição de número máximo de candidatos aprovados para fase subsequente, também

chamada de “cláusula de barreira”, 2) a adequação de questão em relação ao conteúdo programático no edital, 3) o acerto material de determinada resposta à questão em relação ao seu conteúdo, 4) a existência de direito adquirido à nomeação quando houver aprovação dentro do número de vagas, 5) o momento exato para comprovação de atividade jurídica ou de apresentação de determinado título ou documento considerado, 6) termo inicial para impetração de eventual mandado de segurança em face de ato administrativo praticado no decorrer do certame etc.

Todos são temas bastante ricos e que têm muito destaque na jurisprudência e doutrina nacionais. Contudo, não envolverão diretamente o objeto do presente estudo, que é mais restrito e peculiar, sob pena de ineficaz corte metodológico no objetivo ora proposto, que é apontar considerações sobre a possibilidade de remarcação de realização de nova etapa de concursos em favor de candidato impossibilitado de comparecer ao ou de realizar exame em momento predefinido.

O tema escolhido em si, vale frisar, nem é tão recente assim, porém em razão de julgado do Pleno do STF, em maio de 2013, o assunto merece revisão acurada, mormente quando da análise comparada com os julgados do STJ sobre a mesma temática.

Em um primeiro momento, o presente trabalho se concentra em noções básicas às ideias de acessibilidade aos cargos públicos e aos princípios administrativos tais como o da legalidade e da igualdade, passando, inclusive, pelo princípio do concurso público, sem, obviamente, a intenção de esgotar os assuntos.

Após, na segunda parte, parte-se para uma análise concreta e direta para julgados do STF e do STJ, apresentando a posição curiosa, antagônica e recente entre a jurisprudência desses tribunais na matéria remarcação de determinado ato ou etapa de avaliação ou de seleção de candidato a cargo público em circunstâncias especiais.

Na terceira e última parte, com espeque no princípio da segurança jurídica, com objetividade, apresentar-se-á a conclusão a que se pretende chegar no presente ensaio, questionando-se os princípios constitucionais, sobretudo com o intuito de saber onde se pode prestigiar, com maior ênfase, a segurança jurídica, seja em favor do candidato que possui legítimas expectativas de participar de todas as etapas da seleção, ou seja em favor dos demais

candidatos ou da Administração Pública em ter o concurso caminhando sem atrasos ou privilégios individuais.

Acessibilidade aos cargos públicos e princípios correlatos

Os cargos públicos, em definição mais simplista e direta, podem ser conceituados como centro de atribuições e de competências pelas quais os entes ou órgãos administrativos desempenham suas principais atividades.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trata de serviços de um ou de outra destas Casas.¹

Por esse conceito, firmam-se as bases do entendimento de cargo público, não olvidando que os seus ocupantes submetem-se a estatutos jurídicos específicos, ou seja, leis próprias, distinguindo-se, então, dos servidores públicos ocupantes de empregos públicos, regidos pelo regime da CLT.

Não interessa ao presente trabalho discutir a natureza dos órgãos administrativos, passando pela análise das teorias do órgão, do mandato ou da representação, haja vista não ser esse o principal objeto aqui em estudo, além do que, mais importante do que a compreensão precisa e perfeita do que pode ser considerado um cargo público, aqui, neste momento, interessa mais entender a sistemática do ingresso, isto é, da acessibilidade aos cargos públicos.

A Constituição Federal de 1988 é, sem sombras de dúvidas, divisor de águas em matéria de acessibilidade aos cargos e empregos públicos.² Tem-se com a referida Norma

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 242-243. Contudo, há de se destacar, em relação aos cargos das casas legislativas do Congresso Nacional, que, embora os cargos dos servidores sejam criados por resolução, a fixação dos vencimentos de tais cargos depende de lei o que, segundo Celso Antônio, teria eliminado “o único sentido dos versículos referidos, em detrimento da autonomia do Poder Legislativo e em favor de sua notória e crescente submissão ao Executivo.” Ob. cit., p. 243.

² Destaca-se não ser desconhecida a diferença entre cargo e emprego público. Contudo, em matéria de acessibilidade, os institutos em muito se aproximam, de forma que, sem perder de vista a essência de cada um e as diferenças entre eles, serão aqui tratados de forma bastante similar, de maneira a fazer jus àquela aproximação.

Constitucional a imposição de realização de concurso público para o preenchimento de cargos ou empregos nos quadros da Administração Pública, exceto no que se refere aos cargos em comissão, considerados como de livre nomeação e exoneração.

Elevando muitas vezes o concurso público à categoria de princípio constitucional, isto é, verdadeiro mandado de otimização, em contraposição às regras, que possuem caráter mais fechado e restritivo, a doutrina administrativista não deixa de tecer comentários positivos e diversos elogios a essa forma peculiar de seleção.

Como é sabido, no Brasil, a regra geral de seleção de servidores públicos, inclusive alguns agentes públicos em especial, tais como magistrados e membros do Ministério Público, ocorre mediante a realização de concurso, nisso diferenciando-se o país de outros estados nacionais em que, por exemplo, cargos como o de juiz e de promotor de justiça são preenchidos mediante o sistema de eleições. Evidentemente, a regra brasileira busca prestigiar o mérito pessoal do indivíduo frente a determinadas condições, conhecimento, títulos e, em alguns casos, capacidade física, em detrimento à mera capacidade de captação de votos e de eleitores em determinada região.

Expressamente, o constituinte derivado, na sua modalidade reformadora, houve por bem optar pela seguinte redação ao princípio do concurso público:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Essa acessibilidade aos cargos, convém destacar, não se resume apenas à questão do concurso, pois a própria Constituição cuida de tratar no inciso I do art. 37 da garantia do acesso aos cargos públicos por estrangeiros, remetendo à lei ordinária o dever de

pormenorizar a questão. Contudo, não será esse o objeto primordial das discussões aqui travadas.

Desse modo como exposto, percebe-se a importância que a Constituição atual deu aos concursos públicos. Mas não é só. Além de ter garantido vital importância ao princípio, cuidou o constituinte de traçar balizas mínimas para aferição da análise meritória na seleção, destacando a necessidade de o concurso não olvidar a natureza e a complexidade do cargo ou emprego público a ser preenchido.

Vale ressaltar, de início, que os cargos públicos são criados por lei específica do ente político, União, estados, municípios ou DF, nas suas mais variadas esferas de poder, Legislativo (com a ressalva de, no caso do Legislativo federal serem criados por resolução), Executivo ou Judiciário, inclusive Ministério Público e Tribunal de Contas, considerados pela maioria da doutrina como órgãos independentes, e geralmente a lei que cria os cargos cuida de tratar de suas atribuições e dos critérios de sua seleção em sede de concurso público.

Não obstante a clareza do princípio constitucional, muitas vezes a questão da delimitação e exigências mínimas de certo concurso público não são estabelecidas na lei específica de criação do cargo, muito menos em eventual legislação específica somente com regras para concursos públicos. Essa situação é, por si só, capaz de causar enorme tumultos jurídicos nos casos concretos, como tentar-se-á demonstrar a partir de então.

É que muitas vezes as regras para específico concurso público são determinadas pelo edital do concurso público, que em alguns casos, por sua vez, baseia-se em ato colegiado anterior, como portaria ou resolução (situação que ocorre geralmente em órgãos como Ministério Público ou Poder Judiciário), donde não se deve olvidar o jargão jurídico que “o edital é a lei do concurso”, e essas regras, criadas na “hora do jogo” obstaculizam eventuais e supostos direitos do candidato.

A discussão merece uma análise melhor e mais detida.

Primeiramente, destaca-se que realmente não é papel do legislador ordinário prever com todas as precisões possíveis e imaginárias as condições de realização de um concurso público, cabendo à Administração Pública, em respeito à legalidade e aos critérios de oportunidade e conveniência, definir determinados parâmetros de realização do certame. Por exemplo, não cabe ao legislador ordinário, de regra, definir a data, o mês ou o ano de

realização de concurso público, pois tal critério poderá ser melhor aferido pela análise da discricionariedade administrativa.³

Essa análise discricionária por parte da Administração, contudo e à evidência, não pode prescindir de uma objetividade mínima, sob pena de imiscuir-se na pura subjetividade e na arbitrariedade, sendo que, nesse ponto, a jurisprudência dos tribunais superiores já se manifestou diversas vezes, com destaque para a questão do exame psicotécnico, exigido como etapa classificatória de determinados certames de seleção pública. Nesse sentido, traz-se à colação recente julgado sobre o tema:

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – CONCURSO PÚBLICO – EXAME PSICOTÉCNICO – EXIGÊNCIA DE RIGOR CIENTÍFICO – NECESSIDADE DE UM GRAU MÍNIMO DE OBJETIVIDADE – DIREITO DO CANDIDATO DE CONHECER OS CRITÉRIOS NORTEADORES DA ELABORAÇÃO E DAS CONCLUSÕES RESULTANTES DOS TESTES PSICOLÓGICOS QUE LHE TENHAM SIDO DESFAVORÁVEIS – POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DE TAIS RESULTADOS – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO AI 758.533-QO-RG/MG – REAFIRMAÇÃO, QUANDO DA APRECIÇÃO DE MENCIONADO RECURSO, DA JURISPRUDÊNCIA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU NO EXAME DESSA CONTROVÉRSIA – REJEIÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (AI 504987 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/05/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-02 PP-00268)

Esse julgado, bem conhecido pelos administradores e pela própria Advocacia Pública, ganha importância em razão da possibilidade de previsão de recursos administrativos contra resultados negativos em desfavor de candidatos em psico-exame, que são muitas vezes indevidamente ocultados pela comissão examinadora, nem sequer fundamentados, o que viola frontalmente o primado constitucional da publicidade na Administração Pública.

³ Contudo, vale destacar que existem leis especiais de determinadas carreiras que preveem a necessidade de realização de concursos com determinada periodicidade ou quando alcançadas determinadas condições, como por exemplo, certo percentual de cargos vagos em relação ao número de cargos no total, além de leis bem pontuais que, criando certos cargos de uma carreira até então inexistente, estipulam uma data limite para realização de concurso público para preenchimento daqueles cargos recém-criados. Contudo, há de se frisar, tais leis são raras e não constituem a regra no ordenamento jurídico nacional.

A jurisprudência mais abalizada, por sua vez, tem aplicado o entendimento acima, acerca da necessidade de fundamentação, transparência e recorribilidade nos psicotestes, aos exames de aptidão física, no qual os candidatos devem demonstrar habilidade e condições de saúde para ingressar nos quadros do funcionalismo público. Veja-se, a título de exemplo, o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no RMS 23613/SC:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME FÍSICO SIGILOSO E IRRECORRÍVEL. NULIDADE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA.

1. Do mesmo modo que nos exames psicotécnicos em concursos públicos, também nos testes físicos deve ser vedada a sua realização segundo critérios subjetivos do avaliador, bem como a ocorrência de sigilo no resultado do exame e de recorribilidade, sob pena de violação dos princípios da legalidade e da impessoalidade.

2. Reconhecida a nulidade do exame físico, no caso caracterizado por seu caráter sigiloso e irrecorrível, deve o candidato submeter-se a novo exame a fim de que, caso aprovado, possa ser nomeado e devidamente empossado.

3. A determinação de que seja realizado novo exame físico independentemente de pedido exposto da parte, não implica em julgamento extra petita, mas é consequência lógica do reconhecimento da ilegalidade do primeiro exame.

4. Recurso ordinário provido em parte, para reconhecer a nulidade do teste físico bem como o direito líquido e certo do recorrente à realização de novo exame.

(RMS 23613/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

Pois bem, os julgados acima demonstram a necessidade básica de a Administração Pública primar por princípios constitucionais e administrativos básicos, e no caso em questão, especificamente, o princípio da publicidade que, segundo Fernanda Marinela, “nada mais é do que a divulgação, tendo como finalidade o conhecimento público”, representando, ainda segundo a autora, condição de eficácia para alguns atos administrativos.⁴

É que não é possível admitir, a torto e a direito, atitudes secretas por parte do Poder Público, principalmente tendo em vista que, na maioria das vezes, seus atos envolvem interesses de terceiros administrados, que nutrem expectativas legítimas e confiança que merece proteção por parte dos órgãos públicos de todas as esferas da federação.

Logo, seja como condição de eficácia de alguns atos administrativos, por exemplo a realização de licitações, seja como ato condição de validade de outros atos, como a aprovação ou reprovação em exames psicotécnicos, a publicidade dever nortear o agir administrativo, no

⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Niterói: Impetus, 2011, p. 38.

sentido de dar conhecimento ao cidadão e ao interessado do conteúdo do ato perpetrado, possibilitando, muitas vezes, o conhecimento da amplitude dos seus efeitos àqueles que por ele possam ser atingidos.

Além do próprio princípio do concurso público e do princípio da publicidade, suprarreferidos, a abordagem neste trabalho tangerá, outrossim, mais dois princípios fundamentais à compreensão nodal da quizila, que será a igualdade, ou isonomia, e a legalidade, ambos com enfoque na temática da seleção para provimento em cargos públicos.

Princípio da igualdade

Sem sombras de dúvidas, o princípio da igualdade, também conhecido como isonomia, terá muito valor na discussão que por ora se apresenta. Especificamente, na matéria de concursos públicos, o mandado de otimização ora referido se põe em destaque precípua tendo em vista o fato de que uma seleção precisa partir de pontos de partidas no mínimo criteriosos e isonômicos perante os próprios candidatos, sob pena de não haver avaliação justa, ou, que é pior, sob pena de não haver avaliação alguma.

Não obstante o entendimento daqueles que distinguem a igualdade material da igualdade formal, pensa-se aqui ser mais relevante ainda a necessidade de destacar que o aludido princípio deve ser observado não só na esfera legislativa, como também na esfera do Poder Público Executivo e do Poder Judiciário. Por outro lado, considerando, outrossim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a Constituição Cidadã e a doutrina constitucionalista exigem que o princípio em epígrafe seja aplicado também na relação entre os particulares, a exemplo do que ocorre nas relações de emprego.

O referido ponto mandamental tem guarida na Constituição Federal, em diversas passagens, podendo ser visto, como base, o art. 5º, *caput*, inciso I, e art. 7º, incisos XXX e XXXI, com especial atenção a este último, que diz estar proibida “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

Relevante essa parte final quando se analisa os critérios de ingresso nos quadros do funcionalismo público estatal. É que, no âmbito dos concursos públicos, existe sim discriminação para critérios de admissão para os portadores de necessidades especiais, por

exemplo, estabelecido pela própria Carta Magna, esculpido no art. 37, VIII, ao aduzir: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Ora, isso não quer dizer outra coisa senão o que já de conhecimento de todos: os portadores de necessidades especiais gozam de critérios diferenciados no momento de sua seleção perante a Administração Pública. E isso não seria de todo contraditório com o art. 7º, XXXI? Não, pois o critério de discriminação é utilizado exatamente com base no princípio da igualdade, em seu melhor sentido, emprestado por Celso Antônio.

Em sua clássica obra intitulada “Conteúdo jurídico do princípio da legalidade” aquele autor demonstra com maestria a possibilidade lícita de imposição de critérios discriminatórios não só nos casos de concursos públicos, mas também na mais variada gama de situações fático-jurídicas.

Segundo o autor, é possível que a lei apanhe, nas mais diversas situações fáticas, algum ou alguns pontos de diferença a que possa atribuir relevo para fins de discriminar determinadas situações, impondo a cada qual efeitos correlatos e desuniformes entre si.⁵ Ademais, continua, dos mais variados exemplos possíveis onde seja possível identificar algum critério jurídico de discriminação, é sempre possível identificar “que qualquer elemento residente nas pessoas, coisas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”, sendo que não é precisamente naquele elemento escolhido que residirá ofensa ao princípio da isonomia.⁶

Dessas explicações, percebe-se a possibilidade de a lei e o ordenamento jurídico criarem diferenciações entre os indivíduos, e essa prerrogativa também se estende à Administração Pública, mas isso não implicará, necessariamente, violação ao princípio da igualdade.

Haverá violação ao referido princípio, 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.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da legalidade**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

⁶ *Idem. Ibidem*, p. 17.

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.

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.⁷

Nesse mesmo sentido, é a doutrina de Alexandre de Moraes, para quem são vedadas as diferenças abusivas e arbitrárias, porquanto o tratamento desigual dos casos igualmente desiguais, na medida precisa de suas desigualdades, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça.⁸

Enquadrando esses conceitos e apontamentos conferidos por Celso Antônio Bandeira de Melo ao tema em estudo, é possível encontrar na jurisprudência do Supremo posicionamento sobre o tema, que, inclusive, editou o enunciado n. 683 de sua súmula de jurisprudência, aduzindo que “o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, inciso XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

O Supremo nada mais fez do que encontrar na idade elemento jurídico possível a fim de legitimar situação de discrimen, talhando exatamente a circunstância pela qual o elemento idade pode ser tomado como possível critério de distinção na seleção de candidatos a concursos públicos.

Em caso recente, envolvendo concurso público para o cargo de agente da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, no recurso extraordinário com agravo (ARE 678112), em que, após ter havido alteração na legislação local, foi suprimida a idade máxima, o Supremo julgou válida a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que manteve o ato

⁷ *Idem. Ibidem*, pg. 47-48.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 40.

administrativo praticado ainda antes da revogação legislativa que impediu a posse do candidato acima da idade limite.

É forçoso concluir, portanto, que a isonomia deve ser protegida pela lei e pela Administração Pública, mas que em algumas situações é possível e até necessária a imposição de limitações e discriminações como condição de fazer prevalecer a própria isonomia, devendo, para tanto, haver nexo de pertinência mínimo entre o elemento elegido para a prática discriminatória e a finalidade para qual ele é utilizado no caso específico.

Não se deve concluir como ilícito ou não jurídico, portanto, o entendimento de que a idade, e nesse aspecto já se pronunciou expressamente o STF como visto, a altura, o sexo, entre outros critérios, por si só representam uma ofensa à isonomia, sendo preciso verificar a finalidade e as circunstâncias da imposição da discriminação. É com esses nortes que mais à frente debruçar-se-á sobre a influência do aludido princípio nas hipóteses de remarcação de testes para candidatos a cargos públicos em exames de seleção.

Princípio da legalidade

Outro mandado de otimização que vai ser de vital importância no objeto do presente trabalho é o princípio constitucional da legalidade, e em especial relevo sua capitulação no art. 37 da Carta Magna, ao se tratar das bases diretivas norteadoras da Administração Pública federal, estadual, municipal ou distrital.

Todavia, sem se apegar à diferença entre legalidade em sentido estrito e reserva legal, o que é bastante útil em diversos pontos e discussões jurídicas, lançam-se aqui as dimensões mais básicas do princípio e suas correlações e aplicações na ordem prática.

Como alicerce de sustentação do Estado Democrático de Direito, a legalidade está prevista em quase todas as constituições da atualidade, podendo ser considerado como o princípio que mais identifica o Estado Democrático atual. Em posição mais própria, Gilmar Mendes afirma que o sentido primeiro do mandado ora referido comporta entendimento

“segundo o qual é o constituinte, depois o legislador e, por último, o administrador – nesta ordem hierárquica – que devem tomar decisões importantes para os destinos do Estado.”⁹

Maria Sylvia Di Pietro vai no mesmo sentido apontado por Gilmar Mendes, afirmando que o aludido princípio, junto com a ideia de controle da Administração, é imbricado ao nascimento do Estado Democrático, constituindo “uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”, uma vez que a lei, definindo esses direitos, também estabelece os limites do agir administrativo.¹⁰

No tocante à sua aplicação em relação à Administração Pública, a problemática ganha especial relevo, devendo ser chamada a atenção em relação à problemática do poder normativo regulador das agências reguladoras, quando a discussão que se trava é que não cabe ao legislador definir com precisão todos os pontos técnicos de tratamento e regulação, impondo regras e limitações, em determinados aspectos das atividades econômicas, devendo apenas compor uma lei-quadro, norma padrão, norma *standard*, com balizamentos mínimos, deixando certa margem de normatização ao administrador, principalmente através da atuação das agências reguladoras.¹¹

Nesse ponto, caberá ao poder normativo da Administração impor regras, com base em dados técnicos e mais precisos, acerca das condutas praticadas pelos agentes econômicos em exercício de atividade regulada pelas agências, com base em uma regulação mínima conferida pela lei. Há isso, por exemplo, na lei 9.478/97, que trata das atividades de exploração e produção de petróleo, que deixou espaço para atuação técnica e normativa, e não arbitrária pela atuação da ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Do mesmo modo, quer dizer, no sentido de que a lei não deve esgotar as possibilidades fáticas ou técnicas de regulação do seu objeto, tem-se a situação do concurso público. À evidência, caberá a lei, em sentido estrito, estabelecer os regramentos mínimos, criar os cargos públicos, definir suas atribuições, definir pelo cabimento de provas e títulos etc., porém o momento de realizar o concurso, qual a banca examinadora, quais os critérios de

⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 860.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64.

¹¹ Em trabalho sobre o tema do poder normativo regulador das agências, cf.: LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. **Exploração e produção de petróleo no Brasil: enfoques de viabilidade do modelo jurídico-regulador instituído para o Pré-Sal**. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 192.

correção, conteúdo programático, por exemplo, são todos assuntos que melhor compete ao Administrador, sem abusividade, mas com asseio na discricionariedade administrativa, definir.

Muitas, portanto, são as implicações do referido princípio na atuação do Poder Público, sendo que, não raro, a Administração ultrapassa seus limites, cabendo o reparo ao Poder Judiciário e sua jurisprudência. Na matéria de concursos públicos não é diferente.

A questão torna-se sintomática em certas situações em que, muitas vezes, a Administração impõe, mediante o edital do concurso, determinada regra, requisito ou critério de avaliação não previstos em lei e essa imposição vem a agredir diretamente o direito de acesso do candidato ao cargo ou emprego públicos.

Nesse sentido, pela provocação dos candidatos, o Judiciário tem se posicionado muitas vezes afastando determinado critério de seleção. O Supremo Tribunal, por exemplo, já se manifestou favorável ao pleito de candidato que, dotado de estatura considerada como aquém da exigida por edital de certame de seleção pública sem que tal exigência tenha base legal, é preterido na seleção:

CONCURSO PÚBLICO - ALTURA MÍNIMA - INEXISTÊNCIA DE LEI. Longe fica de vulnerar a Constituição Federal pronunciamento no sentido da inexigibilidade de altura mínima para habilitação em concurso público quando esta for prevista estritamente no edital, e não em lei em sentido formal e material. AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (AI 598715 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 01/04/2008, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-08 PP-01565 RTJ VOL-00205-03 PP-01445 RCJ v. 22, n. 141, 2008, p. 102)

À evidência o acerto costumeiro do STF em seus julgados, sendo que tal decisão parece ser a mais adequada quando se analisa a questão do princípio da igualdade, especialmente com enfoque na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, como exposto mais acima, e, sobretudo, na ideia dos limites do legislador ao atuar frente às peculiaridades administrativas.

Como dito, compete à Administração impor certos limites e restrições ao acesso dos cargos públicos quando não constituem requisitos de natureza estritamente pessoal do cargo, mas, considerando as possibilidades físicas dos candidatos ao exercício de determinado cargo efetivo, tal como delegado de Polícia e agente policial, não compete ao administrador público definir idade ou altura para o ingresso do servidor, e sim à lei formal. Tome-se como exemplo o próprio enunciado n. 683 da súmula de jurisprudência dominante do STF.

Ora, se a eleição do critério não é de todo abusiva, sendo eleito com base nas pessoas e situações, existe nexo de pertinência entre o critério adotado e a finalidade primordial do *discrímen* imposto, não havendo favorecimento ou desfavorecimento pessoal a certo candidato, como ensinou Celso Antônio, acrescentando-se a isso boa dose de lucidez e razoabilidade, parece ser possível sim a limitação de altura para a posse em determinados cargos públicos, necessitando, contudo, de lei em sentido estrito para definir tanto.

Acertado, portanto, nesse sentido, o entendimento do Supremo naquele caso.

Por outro lado, deve perceber o leitor, e com muita mais razão o advogado público que se debruça todos os dias com a situação, que na própria jurisprudência do Supremo Tribunal são reconhecidos como da mais alta relevância os dispositivos administrativos, mesmo os que criam restrições, contidos em editais de concurso público, a exemplo da súmula 683, e da própria previsão de certas etapas a serem cumpridas e realizadas nos certames.

Nesse exato sentido, em concurso para provimento de cargos de técnico e analista nos quadros do Ministério Público da União, especificamente ao cargo de motorista, no qual candidato que já havia obtido autorização judicial para realização de prova prática (MS nº 29.927/STF), restou reprovado e, ingressando como novo mandado de segurança no Pretório Excelso, questionara a sua reprovação, no que tange aos critérios materiais, e a própria legalidade da previsão da etapa de prova prática de direção veicular não prevista em lei, mas apenas em regulamento editado pelo procurador-geral da República.

Não obteve êxito judicial o candidato, no entendimento do ministro relator Marco Aurélio, citando outro precedente do próprio STF, MS nº 30.177, concluindo em acórdão ementado da seguinte maneira:

CONCURSO PÚBLICO – PROVA PRÁTICA – EXAME – EFICÁCIA. Sob o ângulo da prova prática, prevalece o documento elaborado pelos examinadores, descabendo o exame de fundo. CONCURSO PÚBLICO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – ETAPAS – EDITAL – PREVALÊNCIA. Mostra-se impróprio levar às últimas consequências a alusão, contida no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao princípio da legalidade, podendo o edital de concurso, presente o objetivo da lei de regência, prever etapas do processo seletivo. Precedente: Mandado de Segurança nº 30.177, julgado pela Primeira Turma em 24 de abril de 2012, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 17 de maio seguinte. (MS 30398, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 15-02-2013 PUBLIC 18-02-2013)

Daí é possível concluir o acerto do Supremo em não levar ao absurdo de que sejam exigidos e previstos em lei todas as etapas e tipos de prova, deixando margem ao administrador.

Com isso não se quer dizer que, quando a lei previr determinado requisito como fundamental para a aprovação em determinado cargo público, e isso, aqui se defende, ela não está obrigada a fazer desde que não seja requisito de natureza intrínseca do cargo, o critério eleito poderá ser afastado pela Administração Pública a seu bel prazer, ou, o que parece pior, ser exigido requisito ainda mais dificultoso para o administrado. Nesse caso sim, à evidência, haveria nítida violação ao princípio da legalidade.

Julgando matéria nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA EM CONCURSO PÚBLICO DE REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

No caso em que lei estadual que regule a carreira de professor estabeleça, como requisito para a admissão no cargo, apenas a apresentação de diploma em ensino superior, não é possível que o edital do respectivo concurso exija do candidato diploma de pós-graduação. Nesse contexto, é ilegal a exigência estabelecida no edital do concurso, pois impõe o preenchimento de requisito que não encontra fundamento na legislação de regência. RMS 33.478-RO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/3/2013.

É que não se pode confundir etapas do exame de seleção com requisitos de natureza estritamente pessoal do cargo, devendo esse ser entendido como critério elegido por lei formal que deve ser ínsito, de ordem natural-biológica ou de ordem meritória, ao candidato que busca exercer determinado cargo público mediante aprovação em concurso. Citem-se exemplos: altura, idade, escolaridade, titulação etc.

Conclui-se, desse modo, que não será necessário que a lei preveja absolutamente todas as etapas do exame de seleção de concurso público, cabendo, por outro lado, ao legislador definir os requisitos de natureza pessoal que devem ser observados pelo candidato ao intentar ingressar nos quadros do funcionalismo público federal, estadual, municipal ou distrital mediante aprovação em concurso público.

Essas noções conclusivas serão de fundamental importância para a próxima e última discussão aqui travada: a possibilidade de remarcação de etapa ou de fase de concurso público em favor de candidato acometido de enfermidade ou circunstância especial que lhes impossibilitem de realizar a prova na data previamente marcada pela Administração.

Remarcação de etapa de concurso público em favor de único candidato

Pois bem. Vistas as principais discussões sobre os princípios aplicáveis aos concursos públicos, pelo menos os mais recorrentes, tais como a isonomia, a legalidade e publicidade, chega-se, agora, ao ponto nodal da questão aqui discutida: é possível a remarcação de etapa ou prova componente de fase de concurso público em favor de candidato que, por alguma razão de força maior, como de ordem fisiológica, por exemplo, ficou impossibilitado de participar da realização da prova na data marcada previamente pela Administração Pública?

A conclusão demonstrada mais à frente diz que não. Não será possível essa remarcação, sob pena de ofender os princípios da isonomia e da segurança jurídica, podendo citar outros, tais como a preponderância do interesse público sobre o privado, exemplificativamente.

Em primeiro lugar, convém destacar que, como exposto mais acima, a previsão de determinada etapa ou prova, bem como a data em que essa prova será realizada são assuntos que podem estar protegidos sob o manto da discricionariedade administrativa, não sendo imperioso estarem previstos em lei. Logo, é imperioso não olvidar, de princípio, que a definição da data para realização de prova ou a previsão de determinada etapa não viola a legalidade.

Sendo assim, espanta-se eventual questionamento acerca da necessidade de a

possibilidade de remarcação ser prevista também em lei, por ser corolário lógico desse entendimento anterior. Ora, se não é preciso de lei para marcar a data de realização de uma prova, não será necessário lei para remarcar em favor de determinado candidato. Contudo, o que se deve negar é a própria hipótese de reagendamento de data específica em favor de candidato especial, conforme entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, não sob pena de violação à legalidade, mas sim ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

É que remarcar a data da prova em favor de candidato faltante viola, frontalmente, a isonomia perseguida no concurso, e a segurança jurídica.

No tocante à isonomia, a hipótese aqui ressaltada ressurgiu do julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo (ARE 735186 AgR), pelo Supremo Tribunal, tendo como relatora a ministra Cármen Lúcia, julgado em 28 de maio de 2013, tendo sido reconhecida a repercussão geral do tema nos autos do RE 630.733, que também decidiu, diga-se de passagem, em desfavor do candidato.

No RE 630.733, considerado paradigma para o ARE 735186 AgR, o Supremo afastou a violação à isonomia na denegação de pedido de remarcação de prova à candidato que, inobstante apresentasse atestado médico, não se submetera a teste de aptidão física previsto como etapa de concurso público, devendo consignar que o STF modulou os efeitos do julgado, mesmo se tratando de recurso extraordinário, e lhe aplicou a tese da repercussão geral, mesmo tendo sido o aludido recurso interposto antes da vigência da sistemática da repercussão geral.

A decisão foi veiculada no informativo n. 706 do STF:

Concurso público e segunda chamada em teste de aptidão física - 2

Ressaltou-se que a discussão não se restringiria à eventual violação do princípio da isonomia pela mera remarcação de teste de aptidão física. Afirmou-se que, embora esta Corte tivesse considerado legítima a possibilidade de se remarcar teste físico em razão de casos fortuitos, a existência de previsão editalícia que prescrevesse que alterações corriqueiras de saúde não seriam aptas a ensejar a remarcação de teste físico não ofenderia o princípio da isonomia. Esse princípio implicaria tratamento desigual àqueles que se encontrassem em situação de desigualdade. Deste modo, aplicável em hipótese na qual verificado de forma clara que a atuação estatal tivesse beneficiado determinado indivíduo em detrimento de outro nas mesmas condições. Asseverou-se, portanto, que, em essência, o princípio da isonomia não possibilitaria, de plano, a realização de segunda chamada em etapa de concurso público decorrente de situações individuais e pessoais de cada candidato, especialmente, quando o edital estabelecesse tratamento isonômico a todos os candidatos que, em presumida posição de igualdade dentro da mesma relação jurídica, seriam tratados de forma igualitária.

RE 630733/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2013. (RE-630733)

Concurso público e segunda chamada em teste de aptidão física - 3

Aduziu-se que o concurso público permitiria não apenas a escolha dos candidatos mais bem qualificados, mas também que o processo de seleção fosse realizado com transparência, impessoalidade, igualdade e com o menor custo para os cofres públicos. Dessa maneira, não seria razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontrassem impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame por motivos exclusivamente individuais. Consignou-se que, ao se permitir a remarcação do teste de aptidão física nessas circunstâncias, possibilitar-se-ia o adiamento, sem limites, de qualquer etapa do certame, pois o candidato talvez não se encontrasse em plenas condições para realização da prova, o que causaria tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração. Aludiu-se que não seria razoável que a Administração ficasse à mercê de situações adversas para colocar fim ao certame, de modo a deixar os concursos em aberto por prazo indeterminado.

RE 630733/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.5.2013. (RE-630733)¹²

Dessa decisão fica o dever de se ter em mente que o princípio da isonomia não é ferido pela negativa de remarcação de prova ou teste como fase de concurso ao candidato que não compareceu por estar doente no dia previsto, pois se trata de situação de tratar desigualmente aqueles que em situação desigual se encontram. Ficou deveras claro esse raciocínio, extraível do julgado em questão.

A isonomia teria sido quebrada se fosse conferido ao candidato o direito de fazer a prova, após todos os outros já terem feito, quando estes se prepararam para o exame, dedicando seu tempo e suas energias, sem falar em todo o custo financeiro e entraves burocráticos e logísticos que poderiam advir da remarcação da prova por conta de apenas um candidato faltoso.

Por sua vez, no acórdão que julgou o ARE 735186 AgR, a jurisprudência do Supremo Tribunal manteve-se intacta. Cuidava-se de julgado proferido em sede de ação anulatória julgada, em recurso, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em que o candidato, argumentando a existência de lesão física, havia sido eliminado no concurso para o cargo de bombeiro-militar por ter sido considerado inapto no exame físico, especificamente no teste da barra fixa. Prevaleceu o entendimento de que inexistente direito de candidato à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou força maior, salvo contrária posição expressa editalícia.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 706. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo706.htm> Acesso em: 29 de julho de 2013.

Além do fundamento embasado na isonomia, o julgado pelo STF no RE 630.733 também afastou a pretensão do candidato com alicerce no princípio da segurança jurídica.

Para José Afonso da Silva, a segurança jurídica abrange o conjunto de condições que tornam possível aos cidadãos o conhecimento prévio e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos, tendo em vista a liberdade lhe estabelecida.¹³

A estabilidade das relações jurídicas concretiza a necessidade de os indivíduos criarem legítimas expectativas, com base na ordem jurídica e jurisprudencial estabelecidas, para os casos concretos da vida que lhes cerca. Na seara dos concursos públicos o princípio se cristaliza com a certeza de que as datas de provas serão cumpridas, as matérias cobradas serão aquelas previstas no edital, as vagas existentes possuem previsão legal, as etapas são cumpridas cada uma em seu tempo e ao seu modo devido etc.

Via de regra, há de se anotar, os editais não preveem a hipótese de remarcação de prova para candidatos impossibilitados justamente em razão da estabilidade das relações dos candidatos entre si, e entre estes e a Administração Pública. Uma pessoa que se preza a fazer uma prova de concurso, em determinada data, estudando os assuntos do edital e cumprindo as demais regras do certame, possui expectativa legítima que possa prestar, junto com os demais candidatos, em condições isonômicas, os exames, sem haver nenhuma espécie de privilégios que a outros favoreçam.

Na realidade, poder-se-ia argumentar que a segurança jurídica também repousa em favor do candidato que, por circunstâncias alheias a sua vontade, não pode participar de certa fase de concurso para cargos públicos, emergindo a seguinte celeuma: a segurança jurídica é mais ponderável ao candidato em condição excepcional, que por razões de força maior não pode participar da prova, ou dos outros concorrentes que envolveram e prestaram as provas na data marcada, ou da Administração Pública, que organizou o certame fixando parâmetros mínimos de realização e de datas?

Sem dúvida alguma, o direito melhor socorre a pretensão destes últimos, dos concorrentes que fizeram a prova na data prevista e da Administração que aplicou a prova como planejado, porquanto a segurança das relações se impõe em favor das legítimas expectativas criadas e mantidas na ocasião, em detrimento daqueles que por uma razão ou

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 432.

outra não puderam comparecer.

Imagine-se um caso possível. A Secretaria de Educação do estado de São Paulo anunciou recentemente que pretende lançar, em breve, concurso público para cargos de professor. Preveem-se, inicialmente, 59 (cinquenta e nove) mil vagas.¹⁴

No último concurso, foram aproximadamente 240 (duzentos e quarenta) mil candidatos inscritos. Daí há de se indagar: quantos funcionários e servidores terão de se envolver em um certame dessa magnitude? Quanto de dinheiro público e tempo será necessário para realizar tal certame? Quantos candidatos se prepararão tendo em vista o programa a ser publicado e as datas em que serão realizadas as provas?

Imagine-se agora que apenas 1% (um por cento), o que em um concurso de menor monta poderia significar poucas pessoas, dos candidatos nesse certame sentissem dores de barriga, gripes, resfriados ou outras moléstias de natureza mais grave, ou sofressem acidentes automobilísticos dias antes da prova ou enfrentassem gigantescos engarrafamentos para chegar ao local do teste na hora exata.

Quão seguro seria para a Administração Pública ou para aqueles que fizeram a prova na data marcada permitir que os demais candidatos faltosos pudessem fazer a prova em data especial? Quão isonômico seria para os candidatos que fizeram a prova na data marcada e tiveram determinado tempo para se preparar conceder mais dias ou possibilidades para aqueles que por alguma razão, justa ou não, alheia às suas vontades ou não, não compareceram ao teste?

E o que é pior: qual seria o possível critério a justificar eventual ausência, de modo a não prejudicar os demais: razões de saúde do candidato no dia prova? Razões de cunho naturais, como tsunamis, terremotos ou outros desastres? Razões de ordem filosóficas ou religiosas.

Essas perguntas todas, tendo por base o manto da segurança jurídica e da isonomia, faz concluir que as condições pessoais do candidato, seja por razão de saúde física ou mental,

¹⁴ SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Educação anuncia maior concurso da história para professores: 59 mil novas vagas. Disponível em: <http://www.educacao.sp.gov.br/concursos/governo-anuncia-hoje-5-pacote-de-medidas-que-fortalece-a-educacao-paulista>. Acesso em: 29 de julho de 2013.

seja por fatores da natureza, seja por fatores biológicos, não são aptas a permitir a remarcação de provas em favor desses cidadãos. E foi assim que decidiu o Supremo Tribunal nos julgados acima colacionados, RE 630.733 e no ARE 735186 AgR.

Não obstante a clareza do entendimento do STF, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda se apresenta vacilante na matéria, e muitos de seus julgados são em sentido diametralmente oposto àquele estabelecido pelo Pretório Sodalício. Vejam-se:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CANDIDATA GESTANTE QUE, SEGUINDO ORIENTAÇÃO MÉDICA, DEIXE DE APRESENTAR, NA DATA MARCADA, APENAS ALGUNS DOS VÁRIOS EXAMES EXIGIDOS EM CONCURSO PÚBLICO.

Ainda que o edital do concurso expressamente preveja a impossibilidade de realização posterior de exames ou provas em razão de alterações psicológicas ou fisiológicas temporárias, é ilegal a exclusão de candidata gestante que, seguindo a orientação médica de que a realização de alguns dos vários exames exigidos poderia causar dano à saúde do feto, deixe de entregá-los na data marcada, mas que se prontifique a apresentá-los em momento posterior. É certo que, segundo a jurisprudência do STJ, não se pode dispensar tratamento diferenciado a candidatos em virtude de alterações fisiológicas temporárias, mormente quando existir previsão no edital que vede a realização de novo teste, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, principalmente se o candidato deixar de comparecer na data de realização do teste, contrariando regra expressa do edital que preveja a eliminação decorrente do não comparecimento a alguma fase. Todavia, diante da proteção conferida pelo art. 6º da CF à maternidade, deve-se entender que a gravidez não pode ser motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, muito menos para impor-lhe qualquer prejuízo. Assim, em casos como o presente, ponderando-se os princípios da legalidade, da isonomia e da razoabilidade, em consonância com a jurisprudência do STF, há de ser possibilitada a remarcação da data para a avaliação, buscando-se dar efetivo cumprimento ao princípio da isonomia, diante da peculiaridade da situação em que se encontra a candidata impossibilitada de realizar o exame, justamente por não estar em igualdade de condições com os demais concorrentes. RMS 28.400-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 19/2/2013.

DIREITO ADMINISTRATIVO. REMARCAÇÃO DE TESTE DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO MOTIVADA PELA GRAVIDEZ DE CANDIDATA.

É possível a remarcação de teste de aptidão física em concurso público com o objetivo de proporcionar a participação de candidata comprovadamente grávida, ainda que o edital não contenha previsão nesse sentido. Nesse contexto, a gravidez deve ser considerada como motivo de força maior, apto a possibilitar a remarcação do referido teste, sem que se configure qualquer ofensa ao princípio constitucional da isonomia. RMS 37.328-AP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21/3/2013.

A análise desses precedentes demonstra o tamanho da divergência entre o que ficou

decidido pelo STF no RE 630.733 e no ARE 735186 AgR e a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça. O STJ, como visto, invoca até a proteção a maternidade, prevista no art. 7º da Constituição Federal, para permitir a remarcação de teste em favor de indivíduo grávida, aduzindo não haver aí ofensa à isonomia. Diz-se que a gravidez é causa de força maior, apta a favorecer a candidata gestante no momento do teste físico.

Contudo, o entendimento do STJ deve se adequar aos julgados do STF, embora aqueles não tenham efeitos vinculantes, pois, segundo a Excelsa Corte, há violação patente à isonomia e à segurança jurídica no ato de permitir a remarcação de etapa ou de prova de concurso público em favor de candidatos doentes ou acometidos de intempéries que não puderam comparecer ao exame na data prevista.

O posicionamento do STJ, portanto, não é consentâneo com a isonomia, e merece ser revisto, uniformizando-se a jurisprudências dos principais tribunais superiores do país e consolidando a segurança jurídica nas relações travadas entre o Poder Público e os particulares administrados.

Conclusões

Como exposto, traçou-se um panorama mais geral sobre a matéria de concursos públicos, refletindo como os mais variados princípios devem ser preservados e aplicados no momento da aplicação dos certames a cargos ou empregos nas esferas da Administração Pública direta ou indireta, no âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Dentre outros, a carga principiológica da questão apresenta-se com uma gama variada e deveras proveitosa, abordando mandados constitucionais de otimização tais como princípio da legalidade, da isonomia, da segurança jurídica, da supremacia do interesse público sobre o privado etc., destacando a legalidade, que precisa conceder espaço determinado ao administrador estipular condições gerais para a realização do concurso, desde que não o faça em relação às requisitos de natureza estritamente pessoal do cargo.

E, de maneira mais enfática, os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica precisam ser preservados perante casos circunstanciais tais que podem afetar a ordem das coisas dentro da Administração Pública e para os cidadãos que se

submeteram, fiel e cabalmente, aos requisitos estabelecidos pelo edital ou pela lei, donde se conclui ser juridicamente correta a decisão que impede a remarcação de prova ou de teste em favor de candidato que, por circunstâncias pessoais, não participou de prova prévia e devidamente marcada.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como visto no RE 630.733 e no ARE 735186 AgR, que, não obstante estejam desprovidos de eficácia vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, deve servir como verdadeiro norte balizador da jurisprudência do país, uniformizando-a e concretizando o mais realçado espectro constitucional da confiança legítima nos órgãos judiciais, sem brechas para insegurança provocadas pelas decisões que, em sentido contrário, possibilitam a remarcação suprarreferida, violando, às escâncaras, os primados constitucionais da segurança jurídica e da isonomia.

E o STJ, como tribunal superior que é, cujos entendimentos e julgados atingem todos os dias várias e várias pessoas, empresas, órgãos e entidades públicas, precisa urgentemente adequar seu entendimento àquele estabelecido pelo STF, demarcando um território jurisprudencial pacífico e seguro, figurando como verdadeira viga-mestre de sustentação da ordem constitucional e administrativa, e, como muito mais acerto e vigor, do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. **Exploração e produção de petróleo no Brasil: enfoques de viabilidade do modelo jurídico-regulador instituído para o Pré-Sal**. Recife: Nossa Livraria, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Niterói: Impetus, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

____. **Conteúdo jurídico do princípio da legalidade.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2011.

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Educação anuncia maior concurso da história para professores: 59 mil novas vagas. Disponível em: <http://www.educacao.sp.gov.br/concursos/governo-anuncia-hoje-5-pacote-de-medidas-que-fortalece-a-educacao-paulista>. Acesso em: 29 de julho de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 706. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo706.htm> Acesso em: 29 de julho de 2013.