

PROCURADORIA DE PESSOAL
Parecer nº 09/2002 – Luiz Fernando Rodrigues dos Santos
E-18/450410/02

Concurso Público Estadual. FUNDAÇÃO TEATRO MUNICIPAL. Corpo Artístico. Não existência, no presente Administrativo, da comprovação de qualquer vício que possa macular o bom desenvolvimento do certame público ora debatido. Improvimento da denúncia formulada.

Trata o presente de Processo Administrativo encaminhado pelo Exmo. Secretário de Estado de Cultura - SEC, Sr. Antonio Grassi, através do qual objetiva que a PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, na qualidade de órgão central do sistema jurídico estadual, deslinde a questão atinente à necessidade de se anular o concurso público realizado para o preenchimento de vagas existentes no corpo artístico da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro – FTM – (Músico Instrumentista para a Orquestra Sinfônica; Músico Corista e Instrumentista/piano para o Coro; e Bailarino e Instrumentista/piano-Ballet acompanhador de Ballet), mercê das supostas irregularidades então perpetradas quando da implementação do referido certame.

O presente Administrativo foi inaugurado com a denúncia formulada por candidatas ao cargo de Músico Corista do Corpo Coral da supracitada entidade pública (fls. 02/04), quando aduziram, em apertada síntese:

- 1) A indevida antecipação das datas para a realização das provas práticas, **“em dissonância com o Manual do Candidato publicado pela FESP-RJ”**, ressaltando **“que o resultado final acabou por ser publicado na data inicialmente marcada para a prova classificatória”**;
- 2) A **“suspeita sobre os integrantes da Banca Examinadora e sua imparcialidade, entre os quais o próprio regente do coro Teatro Municipal, que iria avaliar seus próprios companheiros de trabalho”**;
- 3) A irregularidade no próprio tempo de apresentação das provas, pois, **“pela previsão inicial, seriam ouvidos seis candidatos por hora, ou seja, dez minutos para cada candidato”**, fato inobservado pela Banca Examinadora, que destinou **“apenas 1,5 minutos de apresentação, partilhando, cada 40 candidatos, uma única hora, o que permitiu o desenvolvimento de apenas um vocalize e uma ária de ópera”**, lapso temporal que, segundo as candidatas, **“impossibilita qualquer aferição musical criteriosa e correta, o que somente seria possível, sobretudo com o conteúdo previsto no Manual, em no mínimo 5 (cinco) minutos de canto”**;
- 4) A **“absoluta impossibilidade de revisão do resultado das provas realizadas, já que as apresentações ‘meteóricas’ não foram gravadas ou**

filmadas”;

- 5) E a inobservância do dever de moralidade a que está adstrita a Administração Pública, porquanto **“verifica-se, na hipótese, uma possível tentativa de regularização das contratações temporárias efetuadas, o que se demonstra pelo próprio resultado divulgado, que, quando comparado aos programas das óperas e apresentações recentes, apresenta os mesmos nomes dos coristas contratados pela Fundação”**.

Instada a se pronunciar acerca das possíveis irregularidades então apresentadas, a Ilma. Assessora Jurídica da FTM, Dra. Bernadete Maria Prestes Fróes, asseverou, em pronunciamento constante às fls. 20/22 do presente (e após requerer a juntada de documentação que comprova o alegado – fls. 23/28), que:

- 1) Os candidatos, ao retirarem o Cartão de Confirmação de Inscrição, **“tomaram ciência, pois deles constavam, das datas e horários das provas,..., e tanto assim o foi, que o índice de faltas foi insignificante”**, lembrando ainda que **“no Edital, que evidentemente faz a lei do certame, nada consta sobre quaisquer datas, exceto aquelas relativas ao período de inscrição e da respectiva confirmação”**, por isso **“impossível falar em antecipação de provas”**;
- 2) Descabe aduzir a possível parcialidade da Banca Examinadora, que foi composta **“pelo Maestro Titular do Coro, Maurílio dos Santos Costa, pelo Professor João Carlos Dittert, corista do Theatro, pela Maestrina Eliane Fajoli, de Belo Horizonte e pelo Maestro Karl Martin, da Suíça”**;
- 3) O tempo de apresentação apontado como irregular não foi escasso, sendo suficiente para os seus propósitos, além de não estar determinado no Edital a duração da prova eliminatória (apenas dispendo que haveriam dois minutos para o exame classificatório);
- 4) Não havia previsão editalícia para a revisão das provas práticas, mercê da impossibilidade fática de tal repetição (fato lembrado na própria Ficha de Inscrição assinada pelos candidatos);
- 5) Não há ilegalidade alguma na aprovação de vários contratados da FTM, que em verdade **“decorreu da prática que têm como coristas, sendo impossível acusar a banca de suspeição, vez que foram aprovados candidatos de fora”**.

Após os devidos processamentos, também foi requerida a oitiva da Fundação Escola de Serviço Público – FESP (fls. 33), que em bem fundado arrazoado, lembrou que:

- 1) As datas definitivas foram informadas pela Carta de Confirmação de Inscrição entregues aos candidatos nos dias 18 e 19/03/02, como constou do Edital que estabeleceu as instruções do certame;

- 2) O único tempo para a apresentação fixado no Edital e no Manual foi o de 2 (dois) minutos para o candidato fazer a leitura (Capítulo II – Provas – 1. Prova para Músico Corista – 1.2 – 2ª Etapa Classificatória), descabendo, destarte, dizer que ‘pela previsão inicial seriam ouvidos 6 (seis) candidatos por hora, ou seja, dez minutos para cada candidato’, o que carece de substrato fático.

Por fim, foi a matéria guindada à apreciação do Ilmo. Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da SEC, Dr. Jacques Malka Y Negri, que em longo peticionamento (fls. 153/164) – e após relatar com precisão todo o processado -, invocou a necessidade de se proceder à anulação do concurso público realizado pela FTM, por conta da ausência da publicação no Diário Oficial do ato de designação da Banca Examinadora, fato que – em seu entender – representa **“uma sonegação de informação ao povo em geral”**.

Com efeito, aduz o ilustre assessor jurídico da SEC que **“é fundamental assegurar efeitos externos ao ato administrativo, dar conhecimento a terceiros, admitir seu controle pela sociedade; controle esse que poderá se manifestar sob as mais diversas formas. Que direito de eventualmente impugnar um determinado membro da banca, terá um cidadão, após a divulgação dos resultados, quando não tomou conhecimento, antes do concurso, acerca da composição dos examinadores ?”**, razão pela qual requer seja o presente submetido à PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, para opinar **“a respeito da anulação dos concursos públicos aqui sugerida”**.

Passamos a opinar.

Preliminarmente, convém lembrar que em face da indiscutível urgência que o caso merece (já que o referido certame encontra-se sobrestado, aguardando a solução estatal), estamos deixando de discorrer pormenorizadamente acerca dos princípios constitucionais aqui invocados, que serão tratados na estrita necessidade da questão então enfrentada, o que esperamos possa atender aos rigores fáticos e jurídicos presentes, sem descuidar da imprescindível abordagem doutrinária que o caso requer.

Da Antecipação das Datas das Provas

No que concerne à propalada irregularidade então encontrada na ‘antecipação’ das datas para a realização das provas, não vislumbramos como a atuação estatal possa ter violado qualquer norma ou princípio jurídico¹.

¹ Aqui entendido cf. LARENZ, *apud* HUMBERTO BERGMAN ÁVILA, in artigo publicado na RDA nº 215, como “normas jurídicas que não possuem uma hipótese e uma consequência determinadas, mas apenas uma idéia jurídica geral que direciona o processo normativo de concretização”, ou como afirma o próprio autor, como “normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”.

Senão vejamos.

Preambularmente, convém asseverar que se o Edital do referido certame (fls. 34/40) não estipulava as datas para a implementação das provas práticas (como costumeiramente ocorre na Administração Pública), deixava consignado que o candidato deveria retornar ao posto onde realizou a sua inscrição para retirada de sua Carta de Confirmação, a qual teria a obrigação de conferir as informações nela contidas (Item 5.5.1 – DOERJ de 05/02/2002 – fls. 35/36).

E da simples leitura do Cartão de Confirmação de Inscrição (fls. 23/25) - o qual todos os candidatos, obviamente, receberam -, percebe-se, de modo insofismável, a data da prova então marcada, razão pela qual totalmente infundadas as reclamações então opostas pelas denunciante, conforme de direito.

Com efeito, restando incontestes a prévia divulgação das datas das provas (através de informação contida no próprio Cartão de Confirmação de Inscrição, de leitura obrigatória para os candidatos – item 5.5.1 do Edital do certame), e lembrando que o *princípio da publicidade* não tem outro objetivo a não ser dar plena visibilidade à ação estatal², não nos parece *razoável*³ desconsiderar a divulgação então realizada (por meio da própria Carta de Confirmação de Inscrição), como instrumento apto e plenamente proporcional aos fins visados: a satisfação do interesse público⁴ em ver cabalmente apreçoada a informação alvitrada.

Por isso que a reclamação concernente à possível ‘antecipação’ das datas para a realização das provas práticas (o que, a rigor, inocorreu) não merece guarida, mercê da prévia ciência, pelos candidatos do

² Conforme a lição do mestre **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, in “Curso de Direito Administrativo”, Editora Forense, 11ª Edição: “A publicidade é o requisito lógico para que qualquer norma possa ser previamente conhecida e, por extensão, de quaisquer atos concretos do Estado, uma vez que só assim se poderá saber se esses atos obedeceram ao que em abstrato se estabeleceu” (grifo nosso).

³ Vale transcrever a lição de **CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, *apud* **SÉRGIO FERRAZ** e **ADILSON ABREU DALLARI**, in “Processo Administrativo”, Malheiros Editores, 2001: “Enuncia-se com esse princípio (nota minha – *razoabilidade*) que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes, ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade”.

⁴ Aqui considerado como a manifestação consciente da vontade estatal (pois é através do Estado que o interesse público legitimamente se expressa), enquanto instrumento realizador da vontade social (aqui considerada como o conjunto da vontade coincidente dos indivíduos enquanto e só como membros do corpo social). Afinal, relembre-se a lição do mestre **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**, in “Legitimidade e Discricionariedade”, Editora Forense, 3ª Edição: “A lei é o limite externo da atuação estatal; o interesse público é o limite interno da atuação do Estado”.

concurso (e por instrumento eficaz e legítimo), das datas e horários das provas, o que se comprova inclusive pelo insignificante índice de faltas, como bem ressaltou a Ilma. Assessora Jurídica da Fundação Teatro Municipal - FTM, Dra. Bernadete Maria Prestes Fróes (fls. 20/22).

Da Imparcialidade dos Integrantes da Banca Examinadora

O segundo ponto que merece enfrentamento é o que diz respeito à alegada ‘parcialidade’ dos integrantes da Banca Examinadora, e sua consequente implicação com o dever de *moralidade* a que está jungida a autoridade pública.

Mais uma vez não encontramos nenhum óbice que possa macular o supramencionado certame público, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir demonstradas.

De fato, dessume-se, da análise do presente processo (conforme devidamente comprovado às fls. 126/129), que o currículo dos integrantes da Banca Examinadora somente demonstra a incontestável capacidade técnica dos mesmos, sem descuidar do salutar procedimento então envidado de associar os conhecimentos artísticos de profissionais nacionais e estrangeiros, tudo com o fito de efetuar o referido concurso com os rigores necessários para tal mister.

Quanto à suposta irregularidade encontrada na participação do próprio regente do coro Teatro Municipal na Banca Examinadora, não temos como tal fato possa ensejar a anulação do certame, já que tal espécie de intervenção é bastante corriqueira na Administração Pública (mercê da natural experiência e competência dos chefes hierárquicos). Raciocínio inverso permitiria a ilegítima ilação de que o Presidente do Tribunal de Justiça não poderia participar da elaboração de qualquer concurso para cargos daquele Tribunal; de que o Procurador-Geral do Estado não poderia colaborar com a feitura dos certames para os cargos pertencentes ao órgão central do sistema jurídico, e assim por diante ...

Em verdade, e ao revés do sustentado pelas denunciante, o concurso que se pretende alvejar primou pela acertada escolha dos integrantes da Banca Examinadora, profissionais de reputação técnica incontestável, em nada se prestando as alegações de ‘parcialidade’ ora expostas⁵, em nenhum momento comprovadas pelas candidatas outrora desclassificadas, motivo pelo qual permanecem incólumes as lúcidas ponderações de fls. 20/22 e 123/129, às quais aderimos, para todos os fins de direito.

⁵ Não vislumbramos plausibilidade lógica na vã tentativa de enxergar ‘irregularidade’ no simples fato de que alguns componentes da Banca do Concurso tenham sido professores de alguns candidatos, o que além de comprovar a competência técnica daqueles profissionais, teria o condão (acaso aceite tal argumento) de ensejar a anulação de todos os concursos jurídicos já implementados em nosso Estado, já que impossível alguma Banca Examinadora de certame público para os cargos de Juiz de Direito, Procurador do Estado, Promotor Público, ... sem a presença de renomados professores universitários, que bem abrilhantam aqueles concursos.

O Tempo de Apresentação das Provas Práticas

Para a correta análise de tal questão, deve-se proceder, primeiramente, à leitura atenta do Edital norteador do referido certame, a fim de verificar as regras de obediência obrigatórias para a Administração Pública.

E de tal sopesamento depreende-se (e em total dissonância com o alegado na denúncia que inaugura o processado), que o supracitado edital não estipulou o lapso temporal de **“6 (seis) candidatos por hora, ou seja dez minutos para cada candidato”**, como equivocadamente aduzem as denunciantes, restando claro que o único tempo fixado no Edital e no Manual do Candidato (que as denunciantes tanto se fiam) foi o de 2 (dois) minutos para o candidato fazer a leitura (Capítulo II – Provas – 1. Prova para Músico Corista – 1.2 – 2ª Etapa Classificatória)⁶.

Ademais, não vislumbramos *razoabilidade* na assertiva que afirma que o tempo então proporcionado aos candidatos **“impossibilita qualquer aferição musical criteriosa e correta, o que somente seria possível, sobretudo com o conteúdo previsto no Manual, em no mínimo 5 (cinco) minutos de canto”**, como se fosse possível aos candidatos ‘mensurar’ (por conta própria) tal lapso de tempo, em critério interpretativo que ultrapassa os limites legítimos de controle do ato estatal, para adentrar (em atitude injurídica) no exame do *mérito* administrativo.

De fato, os critérios estatuídos para a realização das provas de qualquer certame público constituem atividade executiva tipicamente discricionária⁷, totalmente infensa à quaisquer intromissões externas (aqui pouco importando se tal tentativa de ‘controle’ provenha da atividade jurisdicional ou do próprio administrado). E assim se faz em homenagem ao secular princípio da separação de poderes⁸, que seria ilegítimamente violado se

⁶ Acrescente-se ainda a previsão editalícia (Edital Item I – 1. Prova para Músico Corista ‘in fine’, fls. 6) da Banca Examinadora, dada a característica peculiar do presente certame, ter a possibilidade de a qualquer momento, interromper a referida prova prática, o que serve para comprovar a regularidade da apresentação ora questionada.

⁷ Reconhece-se, dessarte, que tal matéria está inserida no prudente arbítrio do discricionário estatal (do qual é titular a autoridade pública), definição *residual* do interesse público, na instigante e permanente necessidade de *valorar corretamente o motivo, e escolher acertadamente o objeto*, tudo com o escopo de se cumprir o *dúplice* dever do Poder Público, de se balizar pela *legitimidade* (captação política dos interesses sociais), e pela *legalidade* (crystalização jurídica desses interesses).

⁸ Para dar sentido à inesgotável importância do tema, vale citar o Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in “Do Processo Legislativo”, Editora Saraiva, 4ª edição, 2001, que bem aduz que “A supremacia da lei deveria ser, de acordo com o esquema clássico, a supremacia da Razão sobre o arbítrio dos governantes. ... Para estabelecer essa supremacia e impedir aquele arbítrio, o Constitucionalismo confiava em duas coisas, num instrumento de identificação entre a vontade dos órgãos governamentais e a da Nação – a *representação* – e num equilíbrio de forças, resultante da divisão de poder e estruturado na separação de poderes. Combinavam-se, destarte, o racionalismo otimista dos teóricos que supunham estabelecer a hegemonia da Razão com a derrubada dos preconceitos, e o realismo pessimista dos que acreditavam que o poder só pode ser limitado e impedido por meio de outro poder”

permitido fosse o sopesamento da conveniência e oportunidade da conduta estatal⁹.

E não discrepa desse entendimento a melhor jurisprudência pátria:

“Administrativo. Concurso. Revisão de Provas.

O critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido pelo Judiciário, limitando-se a atuação deste ao exame de legalidade do procedimento administrativo. Hipótese em que a pretensão do impetrante implica na apreciação do mérito do ato da Administração, vedada ao Juiz. Recurso denegado”. (STJ - 2ª Turma, RMS. 367-RS, Rel. Min Ilmar Galvão, julg. 30/05/90, REVISTA DO STJ, vol. 22, pág. 157).

“ADV/COAD - 66391 - Concurso Público - Critérios adotados pela Banca Examinadora - Revisão Pretendida - Os critérios adotados por Banca Examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo em hipótese de ilegalidade ou inconstitucionalidade.” (TJ-SP-AC. UNÂNIME da 1ª Câm. Civ., pub. na RSTJSP nº 150/73 - AI 201.249-1 Rel. Des. Renan Lotufo - Município de São Paulo x Suerly Gonçalves Veloso).

“Concurso Público. O critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecidas pela Banca Examinadora não pode ser discutido pelo Judiciário, incorrendo questão de legalidade de ato. - Não pode o Judiciário substituir-se à Banca Examinadora na valorização das respostas em termos a discutir com os próprios examinadores. Isso conduziria, se admissível, a abrir-se exceção, inclusive, quando a forma de julgar certas questões da prova, tão somente em relação ao candidato-autor, o que constituiria quebra ao princípio da igualdade e de todos os candidatos.” (Bem. no Ac. N 30675 - Rel. Ministro José Néri da Silveira, in DJU 29.09.79).

Destarte, restando plenamente demonstrada a regularidade do tempo de apresentação ofertado para as provas práticas (já que atendido o regramento estipulado no edital do concurso discricionariamente instituído pela Administração Pública), fica afastada a acusação da prática de possível ilegalidade, de todo descabida.

Da Impossibilidade de Revisão do Resultado das Provas Práticas

A matéria que agora passamos a tratar foi um dos objetos da denúncia ora submetida à PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (fls. 02/04

⁹ Para tanto, convém relembrar a lição de ODETE MEDAUAR, *apud* DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, in ob. citada: “A essência do poder discricionário é a livre escolha de solução ou medida quanto à conveniência e oportunidade para o atendimento do interesse público”.

do presente Administrativo), tendo as candidatas reprovadas reclamado da “**absoluta impossibilidade de revisão do resultado das provas realizadas, já que as apresentações ‘meteóricas’ não foram gravadas ou filmadas**”.

Tal pretensão desmerece prosperar.

Com efeito – e ressaltando a estranheza de quem espera o resultado final para só depois (acaso reprovado) invocar tal preceito –, não se pode concluir (até pela absoluta carência de regra jurídica) pela obrigatoriedade da filmagem das provas práticas implementadas em qualquer certame público.

De fato, o único preceptivo normativo existente no Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 2.760/97)¹⁰, além de estar eivado do vício da inconstitucionalidade de seus preceitos – já que oriundo de iniciativa parlamentar¹¹ (vide art. 61, § 1º, inciso II, “b” e “c” da Constituição Federal de 1988)¹² –, não dispõe acerca da filmagem das provas práticas, e sim da gravação das provas orais, procedimentos de inegável discrepância.

Por isso que a previsão da inviabilidade de revisão das provas práticas, tal como disposto no Edital do Concurso ora debatido, encontra plena plausibilidade lógica¹³, já que totalmente impossível (por absoluta impraticabilidade) a realização de outro teste daquela natureza, sem que restasse vulnerada a regra isonômica que deve presidir os certames públicos (levando em conta inclusive as particularidades inerentes aos cargos ora pleiteados).

¹⁰ Lei nº 2.760/97: “Art. 1º - Todas as provas orais, realizadas em concursos públicos para preenchimento de cargos e empregos na Administração Pública Estadual, deverão ser feitas em locais de acesso permitido ao público, sendo assegurado aos participantes do concurso, às entidades profissionais correspondentes e a quaisquer interessados, a gravação das mesmas. Art. 2º - As transcrições das gravações de que trata o caput deste artigo serão aceitas para a apresentação dos recursos pertinentes a serem previstos nos respectivos editais. Art. 3º - Será nulo o edital de concurso público que, prevendo a realização de provas orais, não fizer menção expressa aos direitos garantidos por esta Lei. Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

¹¹ Ressalte-se ainda a violação material às normas contidas no art. 84, incisos II e VI da Constituição Federal.

¹² Cumpre a transcrição dos dispositivos constitucionais violados: “Art. 61 - § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II - disponham sobre: b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria” (grifos nossos)

¹³ Cumpre aduzir a impossibilidade de se invocar os dispositivos da Lei Estadual nº 1.829/91 (que parece objetivar inválida ‘obrigatoriedade’ da concessão do pedido de revisão de prova nos concursos estaduais), pelas mesmas razões técnicas que obstam a validade da Lei nº 2.760/97. Acrescente-se somente que a ulterior sanção do Chefe do Executivo não tem o condão de suprir os referidos vícios legislativos, porquanto é de sabença geral que os dispositivos constitucionais tem como destinatários não só os membros do Legislativo, mas também o Chefe do Executivo, que não está autorizado a demitir-se de sua prerrogativa na iniciativa das leis, quando a *Lex Mater* assim disciplina.

Da Aprovação dos Contratados da Fundação Teatro Municipal

A denúncia em questão não merece maiores digressões, já que desacompanhada de qualquer substrato fático ou jurídico que pudesse embasar tão grave acusação.

Em verdade, a aprovação dos contratados da Fundação Teatro Municipal somente vem constatar a excelência dos serviços prestados por tais indivíduos, relembrando que aquela contratação também foi precedida de prova seletiva, fato que permite inferir o pleno atendimento ao interesse público.

Dessarte, não havendo necessidade de se prologar em tema tão carente de lógica – e relembrando as lúcidas explanações da Dra. Bernadete Maria Prestes Fróes, às fls. 22 (aqui reiteradas *in totum*)¹⁴ –, temos pela necessidade de se improver tal pleito, conforme de direito.

Da Ausência de Publicação do Ato de Designação da Banca Examinadora

Invoca o Ilmo. Assessor-Jurídico da Secretaria de Estado de Cultura que o concurso em apreço estaria eivado de mais um vício, qual seja, a ausência de publicação do ato de designação da Banca Examinadora, fato que – em seu entender – representa “**uma sonegação de informação ao povo em geral**”.

Instado a se pronunciar a respeito, o Ilmo. Diretor Presidente da Fundação Escola Serviço Público – FESP, Sr. João Soares Orban, bem aduziu a inexistência de regramento juridicamente válido para tal mister, relembrando que mesmo nas Instruções normativas da FESP (Portaria GP/3697, de 20/12/89 – DO de 03/01/90) não há nenhuma referência a tal exigência.

Com efeito, tal imposição (que no equivocado entendimento do Assessor Jurídico da SEC se daria para “emprestar efeitos jurídicos ao ato administrativo”) não se presta a tornar válido e eficaz o certame público, motivo pela qual sua aplicação afigura-se totalmente discricionária, já que desimportante para o deslindar daquele procedimento administrativo.

De fato, em nada prejudica o concurso público a ausência da publicação dos nomes dos componentes da Banca Examinadora, não sendo adequado supor que todo e qualquer ato concernente ao certame deva ser publicado em Diário Oficial; entendimento contrário iria privilegiar o formalismo exacerbado (e suas ultrapassadas matizes doutrinárias), que tanto causa repulsa a quem pretende substituir o velho modelo burocrático por um moderno sistema gerencial¹⁵.

¹⁴ Convém a transcrição: “O concurso foi aberto a todos. Não vislumbro, realmente, como pudesse ser impedidos os contratados de participar no certame e sua aprovação decorreu da prática que têm como coristas, sendo impossível acusar a banca de suspeição, vez que foram aprovados candidatos de fora”.

¹⁵ Vale o ensinamento de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, *in ob. citada*: “Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência”.

Afinal, lembre-se a lição que enxerga no princípio da *informalidade* a necessidade de se observar as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e da segurança jurídicas e ao atendimento dos fins almejados pelo sistema normativo¹⁶.

Ressalte-se ainda a indiscutível desproporcionalidade no entendimento esposado pelo ilustre Assessor Jurídico da SEC, que pretende anular (!) os 3 (três) certames públicos outrora realizados somente por conta da carência daquela publicação. Francamente, numa época em que se presencia a total pacificação - na doutrina e jurisprudência -, da idéia de que a atuação estatal deve guardar proporção *adequada* entre os meios que emprega e os fins que deseja alcançar, não parece crível supor que a simples ausência da publicação dos nomes dos componentes de uma Banca Examinadora de concurso público possa dar ensejo à anulação de tal procedimento¹⁷. Trata-se de raciocínio injurídico, que não tem nossa adesão¹⁸.

Assim, restando comprovada a desproporcionalidade entre o ato administrativo sugerido ('anulação dos três certames públicos') e o motivo ensejador daquela anulação ('ausência da publicação dos nomes dos componentes da Banca Examinadora'), e sabendo que 'não há nulidade sem prejuízo' (STJ - REsp. 182.564-PR - DJU de 26/06/00), somos pela infirmação da tese esposada pelo ilustre Assessor Jurídico da Secretaria de Estado de Cultura, mercê do indiscrepante descabimento de suas alegações.

Conclui-se, destarte (e em razão de não existir, no presente Administrativo, a comprovação de qualquer vício que possa macular o bom desenvolvimento do certame público ora debatido), pela necessidade de se infirmar a presente denunciação, em nada se prestando as ponderações contidas na denúncia de fls. 02/04, assim como no próprio opimento contido às fls. 153/164 (da lavra do Ilmo. Assessor Jurídico da Secretaria de Estado de Cultura), cujos argumentos não merecem prosperar.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 22 de maio de 2002.

LUIZ FERNANDO RODRIGUES DOS SANTOS
Procurador do Estado

¹⁶ Cf. SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, *in ob. citada*.

¹⁷ Para tanto, trazemos à baila a lição do ilustre publicista e Procurador do Estado do Rio de Janeiro DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *in ob. citada*: "A proporcionalidade se estabelece, tanto quantitativa quanto qualitativamente, entre os motivos, assumidos expressas ou implicitamente como pressupostos do ato, com o objeto que, em tese, se deseja realizar no mundo jurídico".

¹⁸ Aduza-se, em reforço ao entendimento de que nunca houve a exigência da publicação em Diário Oficial dos nomes dos integrantes da Banca Examinadora nos certames estaduais, que nos concursos para o preenchimento de vagas dos cargos do Quadro Funcional do próprio TRIBUNAL DE JUSTIÇA também não existe tal procedimento, o que bem demonstra a desnecessidade daquela implementação.

E-18/450410/02

REF: Parecer 09/02 - LFS

Em 06 de junho de 2002.

SENHOR PROCURADOR GERAL

"A gente não quer só comida.
a gente quer comida, diversão e arte!"

O que trata este procedimento administrativo se refere a um dos mais sensíveis temas jurídicos, qual seja sua relação com a arte e a criação. Forma de controle social, por excelência, o direito tem assim um campo distinto de aplicação, o que é reconhecido pelo Estado de Direito Democrático, desde sua fundação histórica, quando se erigiu o primado da liberdade de expressão, até a configuração, como ensina BOBBIO¹, de direitos de terceira geração como aqueles consagrados à cultura e à comunicação social. Em breves palavras, o respeito integral à manifestação artística é um apanágio da civilização e redanda em um direito subjetivo público que difunde na sociedade um interesse à consecução de políticas públicas que estreitem o contato entre a cidadania e a arte.

Tal concepção - articulado a garantia da liberdade de expressão artística ao direito subjetivo público à cultura - se encontra perfeitamente viva em nosso direito constitucional positivo, ou seja, no art. 5º, IX ("é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença") e no art. 215 ("O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais") da Constituição Federal, em disposição aliás especificada no plano constitucional estadual, mercê do art. 322, IX, da Carta de 1989, onde se lê textualmente o dever estatal de "manutenção de suas instituições culturais devidamente dotadas de recursos humanos materiais e financeiros, promovendo pesquisa, preservação, veiculação e ampliação de seus acervos."

Esta liberdade de manifestação artística e o correspondente direito subjetivo à cultura, com efeito, vão traduzir-se como verdadeiros direitos fundamentais, com específico conteúdo normativo, revelando a um só tempo, como preconiza ROBERT ALEXY², os domínios do ser e do dever-ser. Diz isto para assinalar que quando se cogita da arte na administração pública e da interpretação jurídica de interesses que lhes sejam concernentes, não se esquecerá sua natureza de direito fundamental ilimitável, fundando assim uma

¹ In A Era dos Direitos Ed. Campus 1992. Trad. Carlos Nelson Coutinho.

² In *Teoría de Los Derechos Fundamentales Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid. 1997. trad española. pág. 66/67.

principiologia que há de servir de base hierárquica para a exegese de dispositivos setoriais e procedimentais da Constituição, descrito por LUIS ROBERTO BARROSO³ e conforme exige, em outra leitura, PABLO LUCAS VERDU⁴, com arrimo em SMEND, para enunciar a “função integradora da Constituição.”

Por isso que as formalidades e requisitos procedimentais, para utilizar-se a feliz expressão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO⁵, aplicáveis a concurso público de seleção de artistas, como é o caso deste certame para a Fundação Theatro Municipal, devem instrumentalizar a liberdade que a Constituição assegura, quedando bastante evidenciado que o nível de discricionariedade que se deve outorgar à Banca será compatível com essa característica, que consiste em julgar a afinação de uma frase musical, o virtuosismo de uma interpretação, a beleza de um movimento, utilizando componentes do julgamento estético, que não é e não pode ser puramente técnico ou científico, como se dá de ordinário nos concursos públicos. Em verdade, causa estranheza a idéia de um artista exercer um cargo efetivo, consistente, qual se define em dizer clássico, em um conjunto de atribuições; esta imperfeição administrativa, todavia, não pode trazer para a seleção dos artistas critérios estranhos à arte, e ainda que de utilização trivial em concursos para provimento de cargos autênticos que não estão diante de tal afetação.

De outro lado, se vige um princípio de obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, ou da continuidade do serviço público⁶, respaldado na minúcia da política cultural pela citada disposição da Constituição do Estado, que alude claramente ao dever de manter as instituições culturais, não seria lícito interpretar-se – em razão de meras formalidades inaplicáveis à manifestação artística e ao julgamento estético – em detrimento do prosseguimento regular da temporada de 2002 e do regular funcionamento do Theatro Municipal o procedimento administrativo respectivo. A inclusão da cultura nas finalidades públicas do Estado, como sugere a epígrafe que inspira este adminículo, recomenda diferenciada hermenêutica, presidida, repita-se, pela fundamentalidade dos direitos que lhe são conexos, muito especialmente, em se tratando do Theatro Municipal, monumento da cultura brasileira e presença imortal na história do Estado do Rio de Janeiro.

Irrepreensível, portanto o Parecer 09/2002, do sempre esclarecido Procurador do Estado LUIZ FERNANDO RODRIGUES DOS SANTOS, cujas conclusões adoto e elevo à superior consideração de Vossa Excelência.

³ Reportando a doutrina de J. J. CANOTILHO in Interpretação e Aplicação da Constituição 3º ed. Ed. Saraiva. 1998. pág. 166 e segs.

⁴ In Curso de Derecho Político. 2º ed. Editorial Tecnos. Madrid. 1997. pág. 633 e segs.

⁵ In Elementos de Direito Administrativo. 2º ed. Ed. RT. 1991. pág.98 e 99.

⁶ Categorias debatidas por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO in *op. cit.* pág. 33

**AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK
MARTINS**

Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal

Proc. nº FTM/18/450.410/2002
Denise Pinto Padilha e Outros

VISTO

Aprovo o **Parecer nº 09/2002/PG-4**, do ilustre Procurador do Estado Luiz Fernando Rodrigues dos Santos, o qual, na esteira de igual entendimento manifestado não só pela douta Assessoria Jurídica da Fundação Teatro Municipal, como também, pela da Fundação Escola de Serviço Público, mereceu, ainda, a chancela da ilustrada Chefia da Procuradoria de Pessoal, concluindo pela inexistência das irregularidades apontadas pelas Requerentes para anulação do concurso público em realização na Fundação Teatro Municipal.

AO GABINETE CIVIL e, após, à Secretaria de Estado de Cultura.

Em 10 de Junho de 2002
GERALDO ARRUDA FIGUEREDO
Procurador-Geral do Estado