Processo: **00727-2008-006-10-00-6-RO – Publicação: DJ 05.12.2008**

Acórdão do(a) Exmo(a) Desembargador(a) Federal do Trabalho **DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES**

Ementa: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENTIDADE VINCULADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO EM EDITAL. DECISÃO NEGATIVA. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO EXPOSTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO AO CONTROLE JUDICIAL.** I - Embora a prorrogação do prazo de validade de concurso público encerre ato discricionário do Administrador, vinculado a juízos próprios de conveniência e oportunidade, a indicação das razões que justificam a conduta viabiliza e legitima a sua submissão à sindicância judicial -- à luz das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes –-, sem que isso implique invasão da margem de liberdade conferida à Administração. Precedentes do STF. II - No Estado Democrático de Direito, não se tolera a prática de atos abusivos e arbitrários, infensos ao controle judicial (CF, art. 5º, XXXV). Assim, **se os motivos apresentados para justificar a decisão de não-prorrogação do prazo de validade de concurso público ressentem-se da ausência de razoabilidade, se há candidatos aprovados aguardando convocação e se está demonstrada a necessidade de contratação imediata de empregados pelo ente público envolvido, será impositiva e irrecusável a obrigação de processar, em respeito ao interesse público e aos princípios constitucionais aplicáveis (CF, art. 37), a contratação dos trabalhadores aprovados no processo democrático de seleção realizado**. Recurso conhecido e provido.

Relatório

A Excelentíssima Juíza do Trabalho Substituta RAQUEL GONÇALVES MAYNARDE, em exercício na MMª 6ª Vara do Trabalho de Brasília DF, proferiu a r. sentença de fls. 281/297, julgando improcedentes os pedidos deduzidos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face do BANCO DO BRASIL S.A.

Inconformado, recorre ordinariamente o Requerente às fls. 298/312, insistindo no deferimento dos pleitos formulados na peça inicial.

Contra razões apresentadas pela Reclamada às fls. 323/335.

O Recorrente é isento do recolhimento de custas processuais (art. 790-A, II, da CLT).

A despeito do disposto no art. 102, IV, do Regimento Interno desta Corte, os autos foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, que se manifestou no sentido da desnecessidade de emissão de parecer (fls. 340/341).

É, em resumo, o relatório.

Voto

1. ADMISSIBILIDADE

Alega o Recorrido, em contra-razões, que o apelo está desfundamentado, porquanto as razões de irresignação não refutaram a fundamentação principal da sentença prolatada. Pretende, por esse motivo, o não-conhecimento do apelo, com base no art. 514, II do CPC.

Não lhe assiste razão.

Muito embora a legislação laboral assegure maior informalidade na interposição de recursos que não sejam de natureza meramente técnica, a exemplo do recurso ordinário (CLT, art. 899), fato é que a convivência harmônica entre a simplicidade - que preside o processo especializado - e o princípio da devolutibilidade - próprio ao reexame dos atos judiciais decisórios - torna imperiosa a existência de fundamentação regular e argumentação lógica que traduzam a irresignação da parte contra o provimento que lhe foi desfavorável.

No caso em exame, o Recorrente desenvolve sólida argumentação, fundada em lições doutrinárias e em precedentes jurisprudenciais, asseverando a possibilidade de controle

judicial de quaisquer atos, bem como a ilegalidade da não-convocação dos aprovados remanescentes do concurso iniciado em 2006.

As razões do apelo, na forma como expostas, permitem o conhecimento do recurso, não se revelando razoável, *data venia*, exigir do Recorrente o ataque particularizado a cada parágrafo julgado impugnado.

Rejeito a preliminar.

Tempestivo e regular, conheço do recurso.

2. MÉRITO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região em face do Banco do Brasil.

Na petição inicial, disse o Requerente ter recebido denúncia de irregularidade praticada pelo Requerido no que tange à gestão de pessoal, envolvendo a convocação de candidatos aprovados em concurso público para o emprego de escriturário. Afirmou que a referida denúncia envolvia a publicação de edital pelo Requerido, informando a abertura de novo concurso para o emprego de escriturário no Distrito Federal, quando ainda em vigor o prazo de validade do concurso anterior destinado ao provimento de idênticos empregos, realizado em 2006, em cujo edital estava prevista a possibilidade de prorrogação por mais dois anos daquele prazo. Narrou que, em razão da denúncia, deu início a procedimento preparatório de inquérito civil público, notificando o Banco do Brasil a prestar esclarecimentos e a apresentar os documentos necessários à apuração dos fatos. Acrescentou que o Banco do Brasil justificou a realização de nova seleção e a não-prorrogação do concurso de 2006 como opção gerencial, nos exatos termos do item 13.7 do edital do certame. Anotou que o Diretor de Gestão de Pessoas do Requerido, Sr. Juraci Masiero, em audiência realizada na sede da Procuradoria Regional do Trabalho, explicou que a decisão de não prorrogar o concurso deveu-se à constatação de que a aceitação à convocação diminui à medida em que o prazo de validade do concurso vai chegando ao seu termo final. Asseverou que foi proposta a assinatura de termo de ajuste de conduta com a finalidade de obter a prorrogação do

prazo de validade do concurso, o que não foi aceita pelo Réu, razão pela qual propôs ação cautelar inominada, cujo pedido foi liminarmente deferido pelo juízo de origem. Destacou que a demanda visa à tutela dos direitos dos cidadãos aptos a postular a aprovação em concurso para ingresso em emprego público, preservando-se os princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade. Ressaltou que 1.453 candidatos do certame de 2006 foram chamados, restando 1.291 aprovados que ainda aguardam convocação, tendo sido aberta nova seleção quando ainda vigente aquele concurso de 2006. Após transcrever trechos de julgados, deduziu o pedido inicial com o objetivo de que seja o Réu condenado a **i) prorrogar** o prazo de validade do concurso público de que trata o Edital nº 1-2006/001; **ii) abster-se de convocar** os candidatos aprovados e classificados por meio do Edital nº 1-2008/001, até que tenham sido convocados todos os candidatos aprovados no concurso regido pelo Edital nº 1-2006/001; **iii) pagar indenização por danos morais coletivos** no valor de R$100.000.000,00 (cem milhões de reais); **iv) pagar multa diária** de R$100.000,00 em caso de descumprimento do provimento judicial.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela restou indeferido pelo juízo de origem em decisão lavrada às fls. 212/213.

Defendeu-se o Réu alegando que os editais das seleções de 2006 e 2008 não asseguram a contratação de todos os aprovados para a formação de cadastro de reserva. Disse que não foram demonstradas quais normas alusivas ao concurso estariam sendo desrespeitadas, aduzindo que **o preenchimento da vagas subordina-se aos limites impostos** pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão **(Dec. nº 6.081/07)**. Alegou não ter suspendido a contratação dos candidatos aprovados no concurso de 2006, tanto que, da abertura da seleção de 2008 até o dia 09.06.2008, ocorreram 537 convocações. Sustentou que inexiste lei que impeça a realização de novo concurso dentro do prazo de validade do certame anterior (arts. 5º, II, e 37, caput, da CF), inexistindo violação à expectativa de direito dos candidatos aprovados para formação do cadastro de reserva. Afirmou não ter violado os princípios informativos da atuação da Administração Pública, destacando que a prorrogação do prazo de validade do concurso é ato discricionário do administrador. Com outros argumentos, disse que o

inciso IV do art. 37 da CF não obriga a prorrogação do prazo de validade do certame e que a Justiça do Trabalho não pode interferir em seu juízo de conveniência e oportunidade, atribuindo ilegalidade ao seu ato por suposto desvio de poder.

Solucionando a controvérsia, a d. juíza sentenciante pontuou que a prorrogação do concurso, como aludido no próprio edital da seleção de 2006, se daria a critério exclusivo do Réu, tratando-se de ato discricionário, conforme pacificado entendimento jurisprudencial. Sentenciou que o ato discricionário do administrador só pode ser analisado pelo Judiciário sob a óptica da legalidade, pelo que não cabe discussão sobre o mérito administrativo, sob pena de ofensa aos princípio da separação e independência dos poderes. Pontuou que a hipótese dos autos não diz respeito ao preenchimento de vagas - caso em que o ato prorrogativo tornar-se-ia vinculado -, pois o concurso foi lançado para constituição de cadastro de reserva. Anotou que o ato discricionário de não prorrogar o concurso não depende de fundamentação e até já caducou, não podendo ser praticado sequer pelo Administrador. Acrescentou que o Autor não fez prova de que o ato tornou-se vinculado em razão da imediata necessidade de contratação de novos empregados. Decidiu que a situação verificada nos autos não se assemelha à dos precedentes colacionados pelo Autor, eis que a hipótese versada nos autos não é de preterição de candidato pela contratação de terceirizados. Assinalou que a abertura da seleção de 2008 quando ainda em vigor o concurso de 2006 não foi impugnada nos presentes autos, sendo certo que o item 1.3 do edital daquele certame resguardou a preferência dos aprovados neste, no prazo remanescente de sua vigência, razão por que preservada a regra do art. 37, IV, da CF. Concluiu, ao final, que não houve desvio de poder, nem qualquer ilegalidade na ausência de prorrogação do concurso de 2006.

Em suas razões recursais, o Ministério Público do Trabalho sustenta que nenhum ato pode ficar imune ao controle judicial, sob pena de ofensa ao postulado da separação dos poderes. Diz ter sido demonstrada a necessidade de serviço, ante a contratação de 300 candidatos no mês de junho do presente ano. Alega que são desconhecidas as razões pelas quais não quer o Banco Réu convocar os demais candidatos do concurso de 2006. Assevera que a questão tem que ser examinada à luz dos princípios

constitucionais e dos direitos fundamentais, contexto em que se evidencia o desvio de finalidade do ato administrativo objeto de discussão. Com base em precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, alude à aplicação da teoria dos motivos determinantes a atos que envolvem a aprovação em concursos públicos. Aduz, finalmente, que inexiste motivação socialmente aceitável para a recusa em promover a prorrogação do concurso de 2006.

Penso que assiste razão ao Recorrente.

Dispõe o art. 37 da Lei maior, no *caput* e nos incisos III e IV:

"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:

[...] III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;"

A leitura do supratranscrito inciso III revela que a prorrogação do prazo de validade do concurso público constitui ato de discrição do Administrador, consoante juízo próprio de conveniência e oportunidade. Essa é a interpretação reinante na doutrina e também a orientação seguida pacificamente pela jurisprudência, como se verifica dos seguintes arestos:

"**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA E NÃO APROVEITAMENTO NA SEGUNDA. DIREITO ADQUIRIDO: INEXISTÊNCIA.** 1. Candidatos aprovados na primeira etapa de concurso público. Classificação além do número de vagas existentes para o segundo estágio. Hipótese não amparada pelas normas do edital. 2. Mera previsão de vagas para futuros concursos não constitui fato concreto gerador de direito líquido e certo. 3. A prorrogação do concurso é ato discricionário da Administração, a teor do inciso III do artigo 37 da Carta de 1988. Recurso não provido." (STF, RMS 23788/DF, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28.08.2001) "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I

Conforme cediça jurisprudência deste Tribunal, a fixação do prazo de validade do concurso, assim como a sua prorrogação, respeitando se o balizamento constitucional, insere se na esfera da discricionariedade da Administração Pública. II Agravo interno desprovido." (STJ, AgRg-ED-REsp 585013/RJ, 5ªT., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 08.11.2004)

Ocorre, porém, que a questão alusiva à prorrogação do prazo de validade do concurso público realizado em 2006, ante a expressa permissão que constou do edital correspondente, deve ser objeto de análise individualizada, consideradas as particularidades do caso concreto.

É que não pode ser olvidado que o edital do concurso aberto no ano de 2008 foi lançado quando ainda faltavam três meses para o esgotamento do prazo de validade do certame realizado em 2006.

As particulares circunstâncias que cercam o caso em exame autorizam o controle jurisdicional da legalidade da ausência de prorrogação, até porque isso nada tem de inaudito, pois o próprio Excelso Supremo Tribunal Federal já enfrentou o referido tema, conforme se extrai do seguinte julgado:

"**CONCURSO PÚBLICO EDITAL PARÂMETROS OBSERVAÇÃO.** As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. **CONCURSO PÚBLICO. VAGAS. NOMEAÇÃO.** O princípio da razoabilidade é conducente a presumir se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. **'Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo se na mais rúptil das garantias'** (Celso Antonio Bandeira de Mello, 'Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta', página 56)." (**RE 192568/PI**, 2ªT., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.04.1996)

É pertinente lembrar que o **Conselho Nacional de Justiça** também já analisou o assunto - prorrogabilidade do concurso público -, no julgamento proferido no

Procedimento de Controle Administrativo - **PCA nº 73** (Rel. Conselheira Ruth Lies Sholte Carvalho, DJ 25.07.2006).

A par disso, tem-se compreendido, modernamente, que a discricionariedade do Administrador não ostenta caráter absoluto. Os atos discricionários facultam ao Administrador, diante de duas ou mais soluções possíveis, escolher a que lhe pareça a melhor (a melhor para a Administração), segundo seu juízo de conveniência e oportunidade.

E o mérito do ato administrativo é traduzido por essa margem de liberdade de que dispõe o Administrador no processo de escolha da opção que melhor atenda ao interesse público, à luz dos aludidos critérios de conveniência e oportunidade. Mas, como antes sugerido, está ultrapassada a idéia de que a discricionariedade conferida à Administração coloca o mérito do ato administrativo numa espécie de reduto insuscetível de controle judicial.

A esse respeito, cumpre trazer à colação a lição de Lúcia Valle Figueiredo:

"A discricionariedade, como foi descrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário (...) Aliás, doutrina e jurisprudência estão a admiti-lo, esbarrando, entretanto, no chamado ‘mérito' do ato administrativo. Esta é a palavra da qual nos afastamos, pois ‘mérito', como vinha sendo entendido, como tinha trânsito normal, e ainda parcialmente tem, constitui-se na conveniência e oportunidade do ato, porém consideradas insuscetíveis de controle, de aferição pelo Poder Judiciário. Destarte, desta forma, a palavra acabou por se desvirtuar, acabou por ser um ‘abre-te sésamo', porta aberta a desmandos administrativos. É comum verificar-se o próprio Judiciário furtar-se ao controle de determinados atos administrativos por temer adentrar seu mérito. Assim, na verdade, deixa de examinar os próprios postulados da legalidade. É claro que não irá o Judiciário verificar, por exemplo, se a estrada ‘X' deverá passar pelo traçado ‘a' ou ‘b'. Entretanto, poderá dizer o Judiciário - isto, sim - se aquela declaração de utilidade pública está nos termos da lei e se não há manifesta irrazoabilidade. (Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros, p. 224-225, grifo acrescido)

Em semelhante direção doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

"Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

[...] A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos de legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade." (Direito Administrativo, 16ª ed., Atlas, p. 210-211)

Alexandre de Moraes manifesta-se na mesma linha:

"Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevallier, ‘o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito'. O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito, e, portanto, o administrador, ao editar um ato discricionário, deve respeito a seus elementos de competência, forma e finalidade, bem como a veracidade dos pressupostos fáticos para sua edição (motivo). Nesse sentido, Vedel aponta a existência de um controle mínimo do ato discricionário, que deverá ser pelo ângulo dos elementos do ato administrativo, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal, concluindo que o Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade. A revisão judicial da atuação administrativa deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, e evita que esta se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias, pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo. [...] Com a finalidade de afastar arbitrariedades praticadas pela Administração, no exercício de seu poder discricionário, a evolução da doutrina constitucional administrativista mostra a redução interpretativa do sentido da palavra ‘mérito', adequando-a ao moderno sentido de um Estado de Direito." (Direito Constitucional Administrativo, 3ª ed., Atlas, p. 118-119, grifo acrescido)

DI PIETRO e MORAES, nas obras citadas, referem-se ainda às teorias elaboradas com o escopo de possibilitar a ampliação da apreciação do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário: a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. Há desvio de poder quando o Administrador pratica o ato que lhe incumbe em desconformidade com a finalidade almejada pelo interesse público. Não é outro o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que inclusive vai mais adiante na definição do desvio de poder:

"(...) tanto haverá desvio de poder quando a autoridade pratica um ato com objetivos alheios a qualquer interesse público (perseguição ou favoritismo) quanto nas hipóteses em que, embora buscando um interesse público, o faz mediante ato cuja destinação legal é diversa. Em tal caso a autoridade incorre em desvio de poder por haver-se valido de um meio jurídico inidôneo para servir ao fim que buscou, já que a via utilizada era - de direito - preordenada a satisfazer outro escopo normativo e não aquele para o qual foi manejado. Como diz Eduardo Garcia de Enterría: 'Os poderes administrativos não são abstratos, utilizados para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o que aparta-se do mesmo obscurece a fonte de sua legitimidade.' [...] Não importa que o objetivo público visado pudesse ser alcançado através de outro ato, correspondente a outra competência. Se as condições do exercício de uma e outra era distintas, a Administração não pode, em função de vantagens ou facilidades, manejar uma dada competência quando seria o caso de utilização de outra. Nestas hipóteses, diz-se, no direito francês, que ocorre um 'detournement de procedure', isto é, um 'desvio de procedimento'." (Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª ed., Malheiros, p.64-65)

Mais adiante, o mesmo autor explica que o desvio de poder não se faz presente apenas quando a intenção do agente é viciada. Eis a sua didática exposição:

"É usual a assertiva de que no desvio de poder há um vício de intenção. Convém recebê-la com cautela. Realmente, é comum que no desvio de poder haja um móvel incorreto. Esta intenção defeituosa geralmente resulta de propósitos subalternos que animam o agente, como, conforme já dito, os de vingança ou perseguição por sentimentos pessoais ou políticos, por interesses sectários ou então por favoritismo, em prol de amigos, correligionários, apaniguados ou até mesmo para satisfazer o proveito individual do próprio autor do ato. Outras vezes, o vício de intenção não procede da busca de finalidades mesquinhas. Deriva de uma falsa concepção do interesse público. Nestes casos, o sujeito do ato não está animado de interesses pessoais ou facciosos, contudo, desnatura a finalidade da própria competência ao praticar atos visando objetivos que não são os próprios da providência adotada, ou seja, que não coincidem com a finalidade legal específica. É dizer: com o fito de costear embargos, tornar mais expedita a ação administrativa, ladear obstáculos que se anteporiam se fosse se valer do ato adequado de direito à hipótese ou simplesmente por considerar que a medida incorretamente eleita produz melhores resultados para atender o objetivo público do que aquela que a lei previu para suprir tal finalidade, o administrador prefere adotar providência que, embora prevista na ordem jurídica, não , à face da lei, a via idônea para atender o objetivo almejado. [...] Em suma, este uso impróprio de uma competência, tendo em vista alcançar um fim público, pode ocorrer como fruto de: (a) uma consciente (e injurídica) opção pela via inadequada; (b) uma consciente (e igualmente injurídica) adoção da via imprópria, por supô-la adequada ao caso, quando deveras não o era." (op. cit., p. 69-71)

E sobre a prova desse vício, o festejado administrativista arremata:

"Não obstante ressaltem as dificuldades de prova, os autores acentuam também que, por força mesmo da compostura esquiva deste vício, a exigência probatória não poderia ser levada a rigores com ele incompatíveis, sob pena de inviabilizar-se o controle jurisdicional destas condutas viciadas (...) [...] Concorrem para identificar o desvio de poder fatores como a irrazoabilidade da medida, sua discrepância com a conduta habitual da Administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como os antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuitos de favoritismo." (op. cit., p. 78-80, negrito acrescido)

A seu turno, a teoria dos motivos determinantes preconiza que, se explicitados os motivos que animaram determinada conduta administrativa, a validade do ato fica condicionada à efetiva ocorrência daqueles pressupostos de fato.

Fixada a premissa de que o ato discricionário é passível de controle judicial, cumpre demonstrar que a atuação do Requerido não encontra abrigo na lei, porquanto que os pressupostos fáticos adotados como justificativa não podem ser validados.

De fato, exteriorizada a razão pela qual optou por deixar de prorrogar o prazo de validade do concurso de 2006, fica o Banco do Brasil vinculado à motivação apresentada, na forma da mencionada teoria dos motivos determinantes.

E o motivo por ele apresentado para a não convocação dos candidatos remanescentes do concurso de 2006 - diminuição do percentual de aceitação da convocação com o decorrer do tempo, consoante declarado pelo representante do Banco perante o órgão do Ministério Público do Trabalho (fls. 135/136) - revela o extravasamento do campo da discricionariedade.

As premissas fáticas sobre as quais se apóia o ato omissivo questionado, isto é, as bases em que se assenta a decisão do Banco do Brasil, revelam-se inteiramente despidas de razoabilidade, com todas as vênias.

Como antes assinalado, os atos discricionários da Administração não se encontram acima da lei. O ordenamento jurídico não lhes confere imunidade absoluta, como parece acreditar o Requerido. Definitivamente, a possibilidade de submissão à

sindicância judicial das condutas praticadas por entes vinculados aos princípios essenciais que presidem a gestão administrativa, em maior ou menor grau, constitui característica expressiva do Estado Democrático de Direito, em que não se tolera a prática de atos abusivos e arbitrários.

Nesse sentido, a liberdade de escolha, ínsita à noção de discricionariedade administrativa, significa poder/dever de opção entre alternativas albergadas na lei, sempre dentro de critérios de impessoalidade, eficiência, moralidade, publicidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Não há dúvida de que o Banco Requerido detém autonomia gerencial ou discricionária para definir a prorrogação ou não do concurso público ou mesmo para deixar de realizá-lo, nos moldes do permissivo legal inscrito no art. 37, IV, da CF. Mas essa discricionariedade administrativa, entretanto, encontra restrição no interesse público, princípio que foi, lamentavelmente, desprezado na hipótese concreta, em razão da ausência de razoabilidade na conduta omissiva questionada.

Vale insistir, a justificativa apresentada pelo Banco Requerido, consistente num alegado declínio da aceitação da convocação dos candidatos aprovados à medida que o tempo passa, **não se revela "socialmente aceitável"** (expressão trasladada do **RE 192568/PI** do E. STF, já mencionado), **traduzindo uma inadequada e abusiva exegese** dos incisos III e IV do art. 37 da CF.

Releva destacar que há precedentes do Excelso STF que muito se assemelham à espécie examinada, cujas ementas peço vênia para reproduzir:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15 STF. I. A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito surgirá se for nomeado candidato não aprovado no concurso, se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado (Súmula 15 STF) ou se, indeferido pedido de prorrogação do prazo do concurso, em decisão desmotivada, for reaberto, em seguida, novo concurso para preenchimento de vagas oferecida no concurso anterior cuja prorrogação fora indeferida em decisão desmotivada. II. Precedentes do STF: MS 16.182/DF, Ministro Evandro Lins (RTJ 40/02); MS 21.870/DF, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 19.12.94; RE 192.568/PI, Ministro Marco Aurélio, "DJ" de 13.9.96; RE 273.605/SP, Ministro Néri da

Silveira, "DJ" de 28.6.02. III. Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido." (RE-AgR 419013/DF, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.06.2004, sublinhei)

"CONCURSO PÚBLICO AUDITOR FISCAL DO TESOURO NACIONAL CONVOCAÇÃO DE APROVADOS ETAPAS NOVO CONCURSO PRIORIDADE DE CONCURSADOS. A Constituição Federal assegura, durante o prazo previsto no edital do concurso, prioridade na convocação dos aprovados, isso em relação a novos concursados. Insubsistência de ato da Administração Pública que, relegando a plano secundário a situação jurídica de concursados aprovados na primeira etapa de certo concurso, deixa de convocá los à segunda e, em vigor o prazo inserido no edital, imprime procedimento visando à realização de novo certame. Harmonia de provimento judicial emanado do Superior Tribunal de Justiça (mandado de segurança nº 3.137 6/DF, Redator Ministro Vicente Cernicchiaro, Diários da Justiça de 11 de setembro de 1995 e 27 de novembro de 1995) com a Lei Maior, mais precisamente com alcance do preceito do inciso IV, do artigo 37." (AI-AgR 188196/DF, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 14.02.1997, sublinhei)

No caso do primeiro precedente analisado pela Suprema Corte (RE-AgR 419013), a prorrogação do prazo de validade do concurso fora indeferida em decisão administrativa desmotivada; no conflito ora em exame, o motivo enunciado pela Administração mostra-se absolutamente inválido, pois há maltrato aos princípios da razoabilidade e da impessoabilidade.

No segundo aresto (AI-AgR 188196), resta nítida a compreensão do Excelso STF no sentido de que a realização de novo certame, quando ainda em curso processo de seleção anteriormente deflagrado, encerra ato administrativo inválido.

No caso vertente, em nome de um melhor atendimento à dinâmica empresarial (fl. 136), agiu o Requerido de maneira inteiramente desarrazoada, com todas as vênias, insisto.

De fato, ainda que não tenha atuado com a deliberada intenção de afastar-se da finalidade pública, sua conduta configura claro e inequívoco desvio de poder. Afinal, nos autos da ação cautelar nº 401-2008-000- 10-00-0, em trâmite neste Regional, o Banco do Brasil requereu permissão para contratação dos candidatos aprovados na Seleção Externa 2008/001, reservando-se as vagas correspondentes aos aprovados no certame 2006/001 até o julgamento do presente recurso ordinário.

Mostra-se clara, pois, a necessidade de recrutamento imediato de pessoal, evidência que se reforça diante da constatação de que o edital da Seleção Externa 2008/001 foi

lançado com quase três meses de antecedência da expiração do prazo de vigência do concurso 2006/001.

Quando a necessidade de contratação de pessoal é premente e há um concurso cujo prazo de validade está em curso, a conduta lógica, natural, esperada e usualmente habitual do Administrador corresponde à prorrogação do aludido prazo.

Há de se convir, portanto, que o modo de agir do Banco do Brasil não foi usual, pois a simples prorrogação do concurso seria suficiente para atender a seus interesses e com custos menores, o que se coaduna com o ideal da eficiência administrativa.

A contratação de 537 aprovados no certame de 2006, ocorrida no interregno temporal verificado entre a publicação do edital da Seleção Externa 2008/001 (17.03.2008) e a expiração do prazo de validade do concurso anterior (09.06.2008), conforme noticiado à fl. 330, é fato que também enfraquece o motivo que teria determinado a opção pela não-prorrogação daquele certame.

Definitivamente, é difícil sustentar que os candidatos chamados nos três meses que precederam o termo final do prazo prorrogável do certame tenham interesse maior na contratação do que aqueles que seriam convocados, por exemplo, no primeiro mês do prazo improrrogável.

Insisto que há de se convir também que, estando em curso um certame para formação de "cadastro de reserva", não se mostra razoável a conduta administrativa concernente ao lançamento de edital de um novo processo seletivo, com idêntico fim, quando sequer havia transcorrido o prazo prorrogável do primeiro.

E a cautela constante do item 1.3 do edital da Seleção Externa 2008/001, envolvendo a possível contratação de aprovados no certame de 2006 (fl. 61), demonstra, na verdade, a tentativa de disfarçar a real intenção do Requerido, tornando mais nítida a conduta desviada da parte.

Mas a caracterização do desvio de poder é patenteada por outra e mais grave constatação: a não-prorrogação do certame de 2006 e o expedito lançamento de novo

concurso implica a possibilidade de tentativa de vedação de acesso de um ou alguns dos aprovados remanescentes aos quadros do Banco Requerido.

Afinal, **(i)** se há candidatos aprovados aguardando convocação, **(ii)** se o Banco do Brasil tem necessidade de contratação imediata de empregados e **(iii)** se o Banco tem ciência dos nomes dos aprovados remanescentes, é óbvio que a negativa de prorrogação do certame implica **inadmissível violação ao princípio da impessoalidade**.

Ora, a Administração possui conhecimento da lista de concursandos aprovados. Essas circunstâncias sugerem, então, que poderia haver preterição deliberada de um ou mais aprovados remanescentes, situação que não se compadece com o postulado da impessoalidade (art. 37, caput, da CF).

Como se percebe, a suposta legalidade da conduta impugnada, baseada na propalada conveniência administrativa, é meramente ilusória, não subsistindo à verificação objetiva de que a única solução apta ao atendimento do interesse público seria a prorrogação do concurso deflagrado no ano de 2006.

Não fossem suficientes os fundamentos já expostos, acresço o brilhante enfoque constitucional - acerca do aparente conflito de normas constitucionais - conferido pelo Exmo. Juiz Substituto da 6ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Ruitemberg Nunes Pereira, ao decidir mandado de segurança impetrado por aprovados remanescentes do concurso de 2006, em que pleitearam a prorrogação desse certame:

"[...] Nessa linha, acaso fosse constitucionalmente tolerado que a Administração Pública deixasse de prorrogar o certame, sem qualquer motivação plausível, fundada a conduta na singela alegação de discricionariedade administrativa, estar-se-ia admitindo, além do verdadeiro arbítrio do administrador, fosse contornada a regra constitucional prevista no citado inciso IV do Artigo 37 da Constituição, porquanto, para se evitarem as nomeações dos candidatos aprovados e classificados no certame anterior bastaria a não prorrogação da validade desse, seguindo se a abertura de novo certame e classificação de novos candidatos.

Conseqüentemente, cumpre imprimir adequada interpretação aos dois preceitos constitucionais invocados (incisos III e IV do Artigo 37), no sentido de que, em verdade, somente se poderia falar em pura discricionariedade do administrador se igualmente não houvesse mais interesse público em novas contratações. Ao contrário, se há interesse na realização de novo concurso é porque persistem as mesmas razões que sustentaram a realização do anterior, do que exsurge para os candidatos aprovados neste o direito líquido e certo à prorrogação.

Cuida-se, pois, de ato que, a despeito de sua natureza originalmente discricionária, tornou se vinculado, por força de uma premissa empírica dotada de alto grau de certeza, qual seja, a persistência do interesse público na contratação via concurso público.

Logo, se a restrição imposta ao direito dos impetrantes à não preterição que certamente se consubstanciará, pois o novo concurso foi aberto em 12/03/2008 (fl. 34), não se mostra adequada, necessária e ponderada, conclui se que não assiste ao administrador o direito a invocar sua discricionariedade e deixar de prorrogar o concurso anterior.

Seguindo a doutrina predominantemente acolhida no Direito Brasileiro poder-se-ia afirmar a existência, no caso, de uma autêntica colisão aparente de normas constitucionais: 1) de um lado, o direito ou a liberdade discricionária do administrador de não prorrogação do prazo de validade do concurso (Artigo 37, inciso III, CRB/88); 2) de outro lado, o direito do candidato de não ser preterido, no prazo improrrogável do concurso, por outros candidatos aprovados em concurso posterior (Artigo 37, inciso IV, CRB/88).

Trata-se de uma colisão atípica, porque envolve a dimensão objetiva de determinada norma constitucional e a dimensão subjetiva de outra.

Em sede de colisão de normas constitucionais, não apenas a doutrina nacional como o próprio Supremo Tribunal Federal têm perfilhado a solução dada pelo Direito Constitucional Alemão, construída pelo Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtshof) a partir dos julgamentos dos casos Lüth, Schmid Spiegel e Blinkfüer, ocorridos em 1958, 1961 e 1969.

[...]

Ocorre que o Banco do Brasil e os demais impetrados sequer esclareceram qual seria o interesse público justificante da não prorrogação do certame de 2006. Limitaram-se, em verdade, ao argumento formal de que a não prorrogação seria uma prerrogativa discricionária e que não haveria norma jurídica obrigando a prorrogação.

Ressalte-se que, em tema de restrição de direitos constitucionais, o administrador não goza do direito de não fundamentar suas decisões. Cuida-se, ao contrário, de mister inerente ao ônus da prova das premissas empíricas que nortearam a decisão restritiva.

[...]

Na esteira desses ensinamentos, não pode prevalecer a restrição aos direitos dos impetrantes, se a entidade paraestatal deixou de comprovar e mesmo de aduzir as razões que nortearam a sua conduta restritiva.

Assim, ausentes fundamentos que justifiquem a cedência do direito dos autores, esse deve prevalecer sobre a atuação administrativa. Cabe ressaltar que, no caso, não se mostra relevante o fato de se cuidar de entidade da Administração Indireta, regida pelo Direito Privado (Artigo 173, §1º, inciso II, CRB/88), pois, em se tratando de regime de contratação de empregados, aquela entidade se submete aos mesmos condicionamentos aplicáveis aos órgãos da Administração Pública Direta, como dispõe o Artigo 37, inciso II, da CRB/88. O segundo critério da proporcionalidade é o da necessidade (Notwendigkeit/Erförderlichkeit), segundo o qual a restrição de um direito constitucional somente é admitida quando dentre todas as alternativas possíveis e disponíveis adota se aquela que restrinja ou interfira o menos possível no âmbito de proteção do direito.

Em outros termos, havendo meios menos gravosos, são esses que devem ser adotados.

No contexto que ora se examina, não há dúvida de que os impetrados perfilharam o caminho mais gravoso aos direitos dos impetrantes.

No caso, o meio menos gravoso para os impetrantes é a simples prorrogação da validade do certame, medida que em absolutamente nada interferiria no interesse público que norteia a atividade do administrador.

Na hipótese, ao contrário do que sustentam os impetrados, a prorrogação do certame não impediria a abertura de novo concurso, o que atende aos interesses da Administração, ao mesmo tempo em que também não tolheria o direito dos impetrantes, que teriam assegurada a não preterição diante dos novos candidatos classificados.

Portanto, o meio menos gravoso, tanto para os impetrantes quanto para os impetrados e a Administração, é a prorrogação da validade do concurso. Aplica-se, assim, o ‘ótimo de Pareto', segundo o qual é possível melhorar uma posição sem necessariamente piorar a outra.

[...]

Por outro lado, se se der prevalência ao direito dos impetrantes, assegurando se lhes a prorrogação da validade do concurso e a consectária não preterição relativamente aos candidatos que vierem a ser aprovados no novo certame, o grau de afetação dos direitos da entidade administrativa é MÍNIMO, porque essa continuará tendo o direito de abrir e dar prosseguimento ao novo concurso, sendo lhe restringida apenas a discricionaridade de não prorrogar o certame anterior, já que as premissas empíricas continuam justificando tanto o concurso pretérito como o certame atual.

Estamos, portanto, diante de uma restrição LEVE ao direito-poder discricionário da Administração (segundo ALEXY, uma não satisfação 'leve', light).

Conclui-se, pois, que à não satisfação máxima do direito alegado pelos impetrantes não corresponde uma maior e mais relevante satisfação dos direitos do administrador. Ao contrário, a satisfação daquele direito é compossível com um grau elevado e importante de satisfação dos direitos do administrador. Os direitos, portanto, são compatíveis, a despeito da aparente colisão.

[...]

A respeito desta questão não tenho dúvidas em reconhecer que se deve dar prevalência ao interesse dos autores, porque, considerado o sistema constitucional, o direito de não preterição está fundamentado e justificado, ao passo que o direito de não prorrogação não ostenta qualquer motivação razoável.

Assim, é GRANDE a importância abstrata do direito dos autores; ao passo que é MÍNIMA a importância do direito de não prorrogação da validade do concurso, na espécie, notadamente porque a sua exclusão não produz quaisquer efeitos, na prática, para os interesses da Administração." (**MS 2008.01.1.045107-8**, sentença publicada em 06.08.2008 e disponível no sítio www.tjdf.jus.br)

Por todas essas razões, entendo que, na espécie examinada, o Banco do Brasil não pode contornar a regra inserta no inciso IV do art. 37 da CF com o pretexto de exercer a faculdade assegurada no inciso III do mesmo dispositivo constitucional.

À luz das circunstâncias fáticas analisadas nos autos, em conjunto com os princípios da razoabilidade e da impessoalidade, mostra-se inarredável, no caso concreto, a prevalência do interesse público na prorrogação do prazo de validade do concurso de 2006.

Dou, pois, provimento ao recurso ordinário, determinando que o Requerido **prorrogue** o prazo de validade do certame deflagrado em 2006, **abstendo-se de convocar** os candidatos aprovados na Seleção Externa 2008/001 **até o exaurimento** da convocação

dos classificados no primeiro concurso (2006), tudo sob pena de pagamento de multa diária de R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.

Quanto ao dano moral coletivo, assinalo que os fatos apurados demonstraram que o Banco do Brasil assumiu postura intransigente, esquivando-se do cumprimento de princípios que informam a atuação da Administração Pública, como a supremacia do interesse público, a impessoalidade e a razoabilidade.

Mesmo tendo oportunidade de ajustar sua conduta, recusou a proposta de assinatura de termo de compromisso oferecida pelo Ministério Público do Trabalho, preferindo pautar seus atos à margem das prescrições decorrentes dos princípios regentes da atividade administrativa.

A postura abusiva do Requerido impõe a reparação do dano correspondente, a teor do disposto nos arts. 5º, V e X, da CF, 186, 187 e 927 do CCB e 1º, IV, e 13 da Lei 7.347/85.

In casu, o procedimento do Banco do Brasil atinge toda a coletividade, eis que, ostentando a condição de maior instituição bancária do país e integrante da Administração Pública Indireta, atentou contra princípios que disciplinam o ingresso de trabalhadores pela via do concurso público e contra a própria valorização do trabalho humano.

Portanto, em respeito à dignidade da coletividade e aos interesses difusos e coletivos de toda a comunidade de trabalhadores, efetivos ou potenciais afetados, condeno o Requerido ao pagamento de indenização.

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, é certo que, dada a magnitude dos valores imanentes à personalidade humana, os prejuízos causados nessa esfera patrimonial não são passíveis de reparação pecuniária precisa e absoluta, tanto mais quando a hipótese é de dano moral coletivo.

Desse modo, considerando a condição econômica da empresa Requerida, o caráter corretivo e pedagógico da medida aplicada -- como meio de inibir a reincidência da conduta antijurídica --, entendo razoável arbitrar o valor de **R$200.000,00** (duzentos mil reais) pelos danos morais.

Portanto, atento aos critérios de razoabilidade e eqüidade, condeno o Banco Requerido ao pagamento de R$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso interposto.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário e, no mérito, **dou-lhe provimento para condenar o Requerido a prorrogar o prazo de validade do certame deflagrado em 2006, abstendo-se de convocar os candidatos aprovados na Seleção Externa 2008/001 até o exaurimento da convocação dos classificados no primeiro concurso (2006), tudo sob pena de pagamento de multa diária de R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, bem como a pagar indenização por danos morais no importe de R$200.000,00**, nos termos da fundamentação. Inverto o ônus da sucumbência, arbitrando à condenação o valor de R$200.000,00, do que resultam custas processuais de R$4.000,00. É o meu voto. ACÓRDÃO

Acórdão

Por tais fundamentos, ACORDAM os Desembargadores da Egrégia **Terceira Turma** do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, conforme certidão de julgamento, em aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar o Requerido a prorrogar o prazo de validade do certame deflagrado em 2006, abstendo-se de convocar os candidatos aprovados na Seleção Externa 2008/001 até o exaurimento da convocação dos classificados no primeiro concurso (2006), tudo sob pena de pagamento de multa diária de R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, bem como a pagar indenização por danos

morais no importe de R$200.000,00. Ementa aprovada. Invertido o ônus da sucumbência, arbitrando-se à condenação o valor de R$200.000,00, do que resultam custas processuais de R$4.000,00.

Certidão(ões)

Órgão Julgador: 3ª Turma

40ª Sessão Ordinária do dia 26/11/2008

Presidente: Desembargador DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES

Relator: Desembargador DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES

Composição:

Desembargadora HELOISA PINTO MARQUES	Presente	NORMAL
Desembargador BERTHOLDO SATYRO	Presente	NORMAL
Desembargador BRAZ HENRIQUES DE OLIVEIRA	Presente	NORMAL
Desembargadora MÁRCIA MAZONI CÚRCIO RIBEIRO	Ausente	FERIAS

por unanimidade aprovar o relatório, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar o Requerido a prorrogar o prazo de validade do certame deflagrado em 2006, abstendo-se de convocar os candidatos aprovados na Seleção Externa 2008/001 até o exaurimento da convocação dos classificados no primeiro concurso (2006), tudo sob pena de pagamento de multa diária de R$50.000,00 (cinqüenta mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, bem como a pagar indenização por danos morais no importe de R$200.000,00. Invertido o ônus da sucumbência, arbitrando-se à condenação o valor de R$200.000,00, do que resultam custas processuais de R$4.000,00. Tudo nos termos do voto do Des. Relator. O Des. Bertholdo Satyro ressalvou seu entendimento quanto à matéria. Ementa aprovada.