



Número: **5010280-60.2017.4.03.6100**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Órgão julgador: **24ª Vara Cível Federal de São Paulo**

Última distribuição : **13/07/2017**

Valor da causa: **R\$ 100.000,00**

Assuntos: **Concurso Público / Edital, Inscrição / Documentação**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
Ministério Público Federal (AUTOR)	PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO (PROCURADOR)
CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS (CEBRASPE) (RÉU)	ROGERIO DA SILVA ANDRE (ADVOGADO) DANIEL BARBOSA SANTOS (ADVOGADO) MARIA LUIZA SALLES BORGES GOMES (ADVOGADO)
GERAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA (RÉU)	
UNIÃO FEDERAL (RÉU)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
27639 130	29/01/2020 18:25	Sentença	Sentença



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA (65) Nº 5010280-60.2017.4.03.6100 / 24ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADOR: PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO

RÉU: CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS (CEBRASPE),
GERAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA, UNIÃO FEDERAL

Advogados do(a) RÉU: ROGERIO DA SILVA ANDRE - DF26433, DANIEL BARBOSA SANTOS - DF13147, MARIA LUIZA
SALLES BORGES GOMES - DF13255

S E N T E N Ç A

Vistos, etc.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** em face do **CENTRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS — CEBRASPE**, da **ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA — ESAF** e da **UNIÃO FEDERAL**, objetivando a condenação das rés à obrigação de fazer consubstanciada na **instituição de prazo não inferior a 5 (cinco) dias úteis para que os candidatos cujos pleitos de isenção de taxa de concursos públicos federais tenham sido indeferidos possam realizar o recolhimento da taxa**, contabilizado o prazo a partir da ciência do indeferimento.

Fundamentando sua pretensão na democratização da participação dos cidadãos em concursos públicos para acesso a cargos efetivos na administração pública federal, o *parquet* informa que, no bojo do procedimento preparatório nº 1.34.001.007520/2013-22, posteriormente convertido em inquérito civil público, foi constatado que algumas entidades realizadoras de concursos para provimento de cargos públicos efetivos estariam adotando um prazo muito exíguo para o recolhimento de taxa de inscrição aos candidatos cujos pleitos de isenção tinham sido indeferidos.

Esclarece que a investigação foi instaurada a partir de representação de candidata prejudicada pela exiguidade do prazo, de apenas 2 (dois) dias, para recolhimento da taxa de inscrição após o indeferimento de seu pedido de isenção no concurso para provimento dos cargos de analista e técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, organizado pela Fundação Carlos Chagas-FCC.



Afirma o Ministério Público Federal que, instada a prestar esclarecimentos, a **FCC se limitou a indicar a inexistência de parâmetro legal para estipulasse o prazo mínimo**, sustentando que caberia ao edital firmá-lo tendo em vista a **complexidade de análise dos pedidos de isenção que pode demorar dias**.

Relata o *parquet* que, com fundamento, dentre outros argumentos, no número relativamente pequeno de requerentes de isenção, foi elaborada a Recomendação Ministerial nº 11/2014, **integralmente acatada pela FCC**, para que a entidade estabelecesse prazos mínimos de 5 (cinco) dias para apresentação do pedido de isenção de pagamento de taxa de inscrição pelos candidatos, e para pagamento da taxa de inscrição aos candidatos que tiveram seus pedidos indeferidos após a publicação da última análise.

Assevera o autor que, em resposta a ofícios enviados no bojo do procedimento investigativo:

"Primeiramente, a ESAF respondeu (fls. 111/112), em síntese, que após o período de inscrição, a ESAF divulga a relação dos pedidos de isenção deferidos e indeferidos, contendo o motivo do indeferimento pelo CadÚnico, existindo a possibilidade de que o candidato poderá apresentar recurso contra o indeferimento no primeiro dia útil posterior a divulgação, sendo que o prazo para a divulgação do resultado dos recursos é de 3 a 6 dias, dependendo da quantidade de recursos interpostos. Assim, após divulgação do resultado da análise dos recursos, os candidatos que permanecerem com o pedido de isenção indeferido deverão efetuar o pagamento da taxa de sua inscrição durante o prazo estabelecido no edital regulador do concurso para todos os demais concorrentes, ou seja, uma semana após o encerramento das inscrições."

O CEBRASPE respondeu (fls. 113/114) aduzindo que no que se refere ao prazo para o pagamento da taxa de inscrição, são, em regra, de 31 dias, contados após o 1º dia útil das inscrições, deixando claro ainda que nos concursos que existem outras hipóteses de isenção do valor (que não a isenção do valor para os candidatos amparados pelo Decreto nº 6.593, de 2 de Outubro de 2008), reguladas por lei específica e que exijam a entrega de documentação para deferimento da isenção, o prazo para pagamento da taxa de inscrição é, em regra, de 43 dias. Esclarece que a relação provisória dos candidatos que tiverem o seu pedido de isenção deferido é divulgada, em regra, 4 dias, no caso em que os candidatos estão amparados pelo Decreto nº 6.593/08, ou de 10 dias, para os demais casos, sempre após o encerramento do período de inscrição. Informa também que, em regra, os candidatos dispõem do período entre as 9 horas do primeiro dia às 18 horas do segundo dia após a data de divulgação da relação provisória dos candidatos que tiverem o pedido de isenção deferido, para contestar o indeferimento do pedido de isenção de taxa de inscrição. Ademais, aduziu ainda que a relação final dos candidatos que tiverem o pedido de isenção deferido é divulgada, em regra, 6 dias após a divulgação da relação provisória nos concursos de isenção apenas pelo Decreto nº 6.593/08 e 12 dias após a referida divulgação nos concursos em que existam outras hipóteses de isenção do valor da taxa de inscrição, regulamentadas por lei específica. Enfim, esclareceu que quanto ao prazo estabelecido para o pagamento da taxa de inscrição, no caso do pedido de isenção ser indeferido, é, em regra, de 1 dia, sendo este o dia posterior ao da publicação da relação final dos candidatos que tiveram o pedido de isenção do pagamento da taxa de inscrição deferidos."

Afirma que, em seguida, foram encaminhadas recomendações a ambas as instituições para que estabelecessem prazo mínimo de 5 (cinco) dias contados da última análise dos pedidos de isenção de taxa de inscrição para que os candidatos com pedidos indeferidos pudessem recolher a taxa e se inscrevessem ordinariamente, e, em relação à ESAF, também para que as datas de todos os atos relacionados aos concursos públicos fossem disponibilizadas de forma clara no sítio eletrônico da instituição.

Frisa que ambas as recomendações foram refutadas pelas instituições: **a ESAF se recusou integralmente a adotar as medidas propostas, repetindo, em suma, as informações que já havia prestado, enquanto o CEBRASPE afirmou que acataria parcialmente a proposta para aumentar o prazo para 2 (dois) dias úteis, argumentando que prazo mais elástico impactaria os cronogramas dos certames.**



Aduz que a recomendação foi reiterada à ESAF por ocasião do Concurso Público para Analista de Planejamento e Orçamento — APOP/MP-2015, diante do pequeno número de requerentes de isenção, apontando, contudo, que novamente a ESAF insistiu nos mesmos argumentos para não acatar as recomendações.

Discorre o *parquet* sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sustentando que, muito embora a inexistência de uma solução legislativa para o tema confira à Administração Pública espaço de discricionariedade para fixar em edital o prazo para recolhimento da taxa de inscrição após o indeferimento da isenção, o exercício dessa discricionariedade deve se adequar ao fim do concurso público.

Pugna, portanto, pela aplicação analógica, pelas rés, do prazo genérico de 5 (cinco) dias previsto na Lei nº 9.784/99 aos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

A inicial foi instruída com documentos. Atribuído à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Distribuídos os autos, foi determinada a prévia oitiva das rés acerca do pedido de tutela provisória, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437/92 (ID nº 1957931).

A ESAF se manifestou por ofício (ID nº 2349705), no qual aduz que elabora os editais reguladores de concursos públicos à luz dos princípios constitucionais e da legislação.

Apontou que o Decreto nº 6.593/08 não prevê um período mínimo entre a divulgação do indeferimento do pedido de isenção da taxa de participação e o último dia para pagamento da inscrição, informando que a instituição possibilita o requerimento da desoneração da taxa durante todo o período de inscrição do concurso, divulga o resultado da análise após o encerramento da inscrição, permite a apresentação de recurso contra a decisão e faculta aos candidatos que tiveram seu pedido indeferido o pagamento da taxa no prazo estabelecido em edital para todos os candidatos, em atenção à isonomia.

Ressaltou que a inscrição do candidato implica o conhecimento e a tácita aceitação das regras estabelecidas pelo edital do concurso e que, uma vez inscrito, o candidato tem ciência que se o seu pedido de isenção for indeferido, deverá efetuar o pagamento da taxa no prazo estabelecido para todos os candidatos.

Forneceu cópia dos últimos dois editais regulamentadores de concurso público organizados pela ESAF (ID nº 2349728 e ID nº 2349731).

A União Federal se manifestou sobre o pedido de tutela provisória (ID nº 2354619), aduzindo que o Decreto nº 6.593, de 02.10.2008, que regulamenta a isenção de taxas de inscrição no âmbito do Poder Executivo federal, se limita, em seu art. 2º, parágrafo único, a estipular que o candidato deve ser comunicado do indeferimento do seu pedido antes do término do prazo para pagamento da taxa de inscrição, sem especificar o prazo sobressalente para tanto, o qual entende, portanto, dever ser fixado no edital do certame de maneira a garantir tempo hábil para o recolhimento.

Arguiu, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, porque o pedido de ampliação de prazo seria voltado exclusivamente para a CEBRASPE e a ESAF.

Por último, o CEBRASPE apresentou a petição ID nº 2364061, na qual **discorre acerca da natureza do edital regulamentador de concurso público**, observando que qualquer



descontentamento ou desacordo com os dispositivos editalícios devem ser objeto de impugnação no momento oportuno por parte dos candidatos.

Expõe o cronograma que adota no que tange à inscrição, ao pagamento da taxa de participação, **aduzindo que o prazo de pelo menos 2 (dois) dias úteis para que os candidatos que tiveram o pedido de isenção indeferido paguem a taxa de inscrição, conforme aplicado nos concursos que a instituição organiza, é razoável ao observar a isonomia entre os candidatos.**

Em decisão ID 2653469 **o pedido de antecipação de tutela foi INDEFERIDO** pela MMª Juíza Federal Denise Aparecida Avelar. Na mesma oportunidade se afastou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União.

Citadas, **a União apresentou contestação no ID 2441173 e o CEBRASPE no ID 3008017**, reproduzindo, em suma, os argumentos que já haviam apresentado por ocasião de suas manifestações prévias.

Regularmente citada (ID 3108030), **a ESAF deixou de apresentar contestação.**

Determinada a manifestação da autora sobre as contestações apresentadas e a especificação de provas pelas partes (ID 3108526).

A União informou não ter interesse na produção probatória (ID 3234850).

O Ministério Público Federal se manifestou em réplica e requereu o julgamento antecipado da lide (ID 3808027).

Não houve manifestação do CEBRASPE sobre a especificação de provas.

Vieram os autos conclusos para prolação de sentença.

É o relatório. Fundamentando, DECIDO.

Trata-se de ação civil pública objetivando a condenação das rés à uma obrigação de fazer consubstanciada na: **instituição de prazo não inferior a 5 (cinco) dias úteis para que os candidatos cujos pleitos de isenção de taxa de concursos públicos federais tenham sido indeferidos possam realizar o recolhimento da taxa, contabilizado o prazo a partir da ciência do indeferimento.**

O escopo da ação encontra-se, portanto, em tutelar os direitos de hipossuficientes economicamente, os quais, ainda que considerados aptos para arcar com o pagamento de taxa de concursos públicos como condição de deles participarem, lhes seja assegurado um tempo razoável a fim de realizarem o pagamento.

Os elementos informativos dos autos confirmam que as instituições Rés, justificadas em regras de editais, em termos práticos, terminam por outorgar aos candidatos cujos pedidos de isenção sejam indeferidos e sobre tal decisão seja oferecido recurso, apenas um único dia para que possam realizar o pagamento das taxas e viabilizar-lhes a participação nos concursos.

As defesas ofertadas pelas instituições rés não chegam a afirmar de maneira peremptória que o prazo de um único dia se apresenta como razoável ao optarem por defesa indireta no



sentido do prazo ser estabelecido em Edital do Concurso e necessidades burocráticas que terminam por exigir que a divulgação dos indeferimentos finais (desfecho de recursos) seja apenas às vésperas do prazo final de pagamento pelos candidatos.

O CEBRASPE se manifestou (fls. 99/100[1]) informando que:

"No que se refere ao prazo para solicitação de isenção da taxa de inscrição, informa-se que os editais que regem os concursos públicos realizados por este Centro, em atenção à Recomendação nº 005/2009 do Ministério Público do Piauí (anexa fls. 116/120), prevêm, como prazo para solicitação de isenção, o mesmo período concedido para a inscrição no concurso". Complementaram ainda: **"Com relação ao prazo estabelecido para o pagamento da taxa de inscrição, no caso do pedido de isenção ser indeferido, este Centro informa que é, em regra, de 1 (um) dia, sendo este o dia posterior ao da publicação da relação final dos candidatos que tiveram o pedido de isenção do pagamento da taxa de inscrição deferido"**.

Arremata em seguida:

"Esclarece-se que, quando o candidato realiza a inscrição no concurso, adere às normas do edital que rege o certame, sujeitando-se, dessa forma, a suas exigências.

Assim, desde o momento que o candidato realiza a inscrição e solicita a isenção do pagamento do valor da taxa de inscrição, tem ciência de que caso o pedido de isenção seja indeferido terá que efetuar o pagamento da referida taxa **no prazo estabelecido em edital para todos os candidatos**".

Por seu turno, a ESAF asseverou (fl. 101) que:

"O candidato poderá solicitar sua inscrição com isenção do pagamento da respectiva taxa durante todo o período estabelecido para inscrição no certame, ou seja, no mesmo período para todos os participantes (pagantes ou não)".

Acrescentou além disso:

"Após o período de inscrição, a ESAF divulga a relação dos pedidos de isenção deferidos e indeferidos, estes contendo o motivo do indeferimento".

Por fim, asseverou:

"O candidato cujo pedido de isenção foi indeferido poderá apresentar recurso contra essa decisão e, caso seu recurso não seja provido, deverá efetuar o pagamento da sua inscrição durante o prazo estabelecido no respectivo edital para todos os demais concorrentes, ou seja, esse prazo é estendido por mais uma semana após o encerramento das inscrições".

Às fls. 102/106 cópia de alguns editais referentes a concursos públicos realizados pela ESAF.

Novos ofícios foram endereçados pelo Ministério Público Federal para o CEBRASPE (nº 1643/2015, fl. 109) e para a ESAF (nº 1644/2015, fl. 110) com questionamentos, os quais foram respondidos, conforme segue.

Primeiramente, a ESAF respondeu (fls. 111/112), em síntese, que após o período de inscrição, a ESAF divulga a relação dos pedidos de isenção deferidos e indeferidos, contendo o motivo do indeferimento pelo CadÚnico, existindo a possibilidade de que o candidato poderá apresentar recurso contra o indeferimento no primeiro dia útil posterior a divulgação, sendo que o prazo para a divulgação do resultado dos recursos é de 3 a 6 dias, dependendo da quantidade de recursos interpostos.



Assim, após divulgação do resultado da análise dos recursos, os candidatos que permanecerem com o pedido de isenção indeferido deverão efetuar o pagamento da taxa de sua inscrição durante o prazo estabelecido no edital regulador do concurso para todos os demais concorrentes, ou seja, uma semana após o encerramento das inscrições.

O CEBRASPE respondeu (fls. 113/114) aduzindo que no que se refere ao prazo para o pagamento da taxa de inscrição, são, em regra, de 31 dias, contados após o 1º dia útil das inscrições, deixando claro ainda que nos concursos que existem outras hipóteses de isenção do valor (que não a isenção do valor para os candidatos amparados pelo Decreto nº 6.593, de 2 de Outubro de 2008), reguladas por lei específica e que exijam a entrega de documentação para deferimento da isenção, o prazo para pagamento da taxa de inscrição é, em regra, de 43 dias.

Esclarece que a relação provisória dos candidatos que tiverem o seu pedido de isenção deferido é divulgada, em regra, 4 dias, no caso em que os candidatos estão amparados pelo Decreto nº 6.593/08, ou de 10 dias, para os demais casos, sempre após o encerramento do período de inscrição.

Informa também que, em regra, os candidatos dispõem do período entre as 9 horas do primeiro dia às 18 horas do segundo dia após a data de divulgação da relação provisória dos candidatos que tiverem o pedido de isenção deferido, para contestar o indeferimento do pedido de isenção de taxa de inscrição.

Ademais, aduziu ainda que a relação final dos candidatos que tiverem o pedido de isenção deferido é divulgada, em regra, 6 dias após a divulgação da relação provisória nos concursos de isenção apenas pelo Decreto nº 6.593/08 e 12 dias após a referida divulgação nos concursos em que existam outras hipóteses de isenção do valor da taxa de inscrição, regulamentadas por lei específica.

Enfim, esclareceu que quanto ao prazo estabelecido para o pagamento da taxa de inscrição, no caso do pedido de isenção ser indeferido, é, em regra, de 1 dia, sendo este o dia posterior ao da publicação da relação final dos candidatos que tiveram o pedido de isenção do pagamento da taxa de inscrição deferidos.

A menos que haja uma lógica, ainda que perversa, de onerar os candidatos por ousarem pedir isenção de pagamento de taxa de inscrição afinal indeferidos definitivamente (em grau de recurso) outorgando-lhes apenas um dia de prazo para pagamento, com isto os sujeitando às vicissitudes de neste único dia não terem acesso à Internet ou uma queda do sistema bancário ou mesmo falta de energia elétrica impedindo-os de fazerem o pagamento e participarem do concurso público, só a podemos visualizar como uma consequência dos candidatos se verem como economicamente hipossuficientes, sem o ser.

De fato, o Decreto nº 6.593, de 2 de outubro de 2008, ao regulamentar o art. 11 da Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990, sobre a **isenção de pagamento de taxa de inscrição em concursos públicos realizados no âmbito do Poder Executivo federal**, concede certo espaço de discricionariedade para que seja fixado, no Edital, as condições para o exercício do direito do candidato se ver beneficiado pela isenção do pagamento da taxa de concursos públicos.

É o que se observa dos termos do art. 2º e seu parágrafo único, do referido Decreto nº 6.593, de 2 de outubro de 2008:

Art. 2º O edital do concurso público definirá os prazos limites para a apresentação do requerimento de isenção, assim como da resposta ao candidato acerca do deferimento ou não do seu pedido.

Parágrafo único. Em caso de indeferimento do pedido, o candidato deverá ser comunicado antes do término do prazo previsto para as inscrições.

O tema instiga várias questões dentre as quais a aplicação do princípio da razoabilidade como, aliás bem aponta o Ministério Público Federal em sua inicial e uma certa colidência em



relação ao exercício de um direito e, afinal, seu asseguramento não só pelo sistema normativo, como por atos administrativos dotados de determinado campo de discricionariedade afetando ou limitando o exercício de direitos que os torna sensíveis a ponderações de diversas ordens.

Embora administração pública, sob o prisma material, consista justamente na imposição de limitações com a finalidade de atender, na atividade que exerce a fim de atender às necessidades coletivas - sendo esta a razão de determinados direitos dos cidadãos sofrerem limitações pela exigência de compatibilização com o interesse da coletividade - nenhuma limitação pode chegar a ponto de negar o próprio direito ou mesmo indiretamente através de outorga de prazo exíguo para seu exercício vir a anulá-lo pois, mesmo sob uma ótica moderna de hierarquização de direitos constitucionais categorizando-os como de primeira a quinta gerações, o elemento dominante será sempre a pessoa humana como destinatária.

E como decorrência disto, no campo dos direitos, além dos postulados legais devem ser levados em conta os princípios gerais, conforme expostos no Art. 5º da Constituição Federal, e aos quais se atribui extrema relevância a ponto de se lhes outorgar a garantia de imutabilidade através de uma cláusula pétrea. (Art. 60, § 4º, IV da CF)

Robert Alexy* [2] parte de premissas necessariamente interligadas: (a) a ideia de que os direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, sendo, portanto, mandamentos de otimização que devem ser efetivados ao máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas concretas; (b) o reconhecimento de que em um sistema comprometido com os valores constitucionais é frequente a ocorrência de colisões entre os princípios que, invariavelmente, acarretam restrições recíprocas entre essas normas, daí provocarem a relativização dos direitos fundamentais; (c) a conclusão que, para solucionar as colisões de princípios, a ponderação ou sopesamento, noutras palavras, a proporcionalidade em sentido estrito é uma técnica indispensável e, finalmente, mas não menos importante: o sopesamento deve ser bem fundamentado, calcado em uma sólida e objetiva base jurídica, para não se tornar arbitrário e irracional. Enfim, aplicando-se a máxima da proporcionalidade composta das três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O meio considerado idôneo ou adequado será aquele capaz de concretizar o direito fundamental e no caso de o meio utilizado não levar a uma concretização efetiva, deverá ele ser considerado inidôneo visto que a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim de forma tal que o administrador utilize um meio cuja eficácia seja suficiente para se atingir o fim almejado.

E, a adequação para a realização de um fim deve ser a menos gravosa para o direito fundamental e se outros meios existem para se atender a finalidade almejada afetando-os com menor intensidade, o princípio é que deve ser empregada.

Portanto, mesmo que já esteja consolidada na mentalidade forense a tese da relativização dos direitos fundamentais, com base na percepção de que as normas constitucionais costumam limitar-se entre si, já que protegem valores potencialmente colidentes, do mesmo modo, que há menções expressas de técnica da ponderação, demonstrando que as ideias básicas de Alexy fazem parte do discurso judicial, a intensidade da relativização e sua justificação ainda padecem do defeito da insuficiência.

No caso, impossível não adotar como vetor de análise a concepção no sentido de contrastar as atividades das Rés terem como finalidade garantir a liberdade individual, e, sem ignorar a realidade social, visualizarem uma solução no presente caso apta a permitir a ampla fruição de um direito assegurado ao cidadão, ou seja, em última análise, da participação em concursos públicos, eventualmente submetendo-se ao pagamento de taxas no caso de indeferimento e manejo do correspondente recurso contra o indeferimento de pedido de isenção.



Embora o dinamismo das transformações sociais terminem por exigir a reconfiguração do conceito de interesse público à luz dos direitos fundamentais para permitir que a administração pública atinja a sua finalidade que convirja com a realização do interesse público e sua indisponibilidade, mesmo diante desta reconfiguração impossível não reconhecer que o **interesse público** não se confunde com o **interesse do Estado**, não sendo portanto o interesse do aparato administrativo e menos ainda o interesse do agente estatal encarregado de manifestar a vontade da Administração Pública.

Como observa Marçal Justen Filho* [3], a existência de inúmeros interesses em uma sociedade plural reafirma uma das características do Estado contemporâneo que é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjugada de posições subjetivas objetadas e a variação os arranjos entre diferentes grupos.

A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, portanto, à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, que constitui um vetor anterior à supremacia do interesse público, que vai se configurar como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito, razão pela qual não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública.

Somente será possível compreender que uma decisão foi produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e a interesses legítimos, se puder ser reputada como tradução fiel do interesse público, e ela "não se legitimará mediante a mera invocação a esse "interesse público", mas sim porque revela ser compatível com os direitos fundamentais".

Inexiste caráter predeterminado apto a qualificar um interesse como público. Já o processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público, devendo-o ser sempre por meio da intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais.

Neste ponto vemos como oportuna a transcrição de excertos da inicial da presente ação:

"Celso Antônio Bandeira de Mello* [4] vislumbra que o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade, no que é seguido, com pequena variação terminológica por outros doutrinadores* [5], pois estes princípios têm como desiderato garantir o uso moderado do poder estatal.

A razoabilidade, outrossim, estaria ligada à concepção de que a atuação estatal deve obedecer a "standards" (padrões) de aceitabilidade, de sensatez ou a uma congruência lógica entre os fatos ou questões a serem deliberadas, de competência de dada autoridade administrativa e a decisão estatal por ela adotada para a solução, o que em última "ratio", implica na observância da legalidade, ou seja, aos contornos e objetivos de dada norma legal* [6]

E, tal princípio não incide somente sobre funções administrativas **strictu sensu**, mas sobre qualquer outra função pública, inclusive a legislativa* [7] como, por exemplo, entendeu nossa Corte Suprema ao considerar inconstitucional (ADI 4467 MC, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno), por ausência de razoabilidade, o art. 91-A, da Lei nº 9.504/97, com redação dada pela Lei nº 12.034/2009, que exigia do eleitor tanto o título eleitoral como um documento de identidade com foto, para que pudesse votar* [8]

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, incide para afastar a implementação de atos, condutas e decisões estatais que ultrapassem os limites adequados, tendo em vista os objetivos perseguidos pela Administração ou demais Poderes do Estado. Ou seja, havendo necessidade da intervenção estatal esta deve se dar com equilíbrio, sem excessos, proporcionalmente ao fim almejado* [9]



Segundo as premissas da doutrina alemã, de onde é oriundo (tendo surgido também na Suíça e depois se espalhado por outros países europeus), o princípio da proporcionalidade deve obedecer a três fundamentos, quais sejam: a) adequação dos meios empregados para o fim pretendido; b) exigibilidade da conduta que deve ser necessária e executada da forma menos gravosa; e c) proporcionalidade em sentido estrito, que se identifica com a constatação de que as vantagens conquistadas com o ato ou conduta estatal devem superar as desvantagens* [10]"

Aditaríamos a isto, o que consta em Parecer AGIP 94/001, de 10/10/94, da lavra de Antonio Ferreira Alvares da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo G. Gonet Branco, ao refletirem sobre a vinculação do Poder Legislativo, ao princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

*"A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas, também, sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (**Gesetzesvorbehalt**) no princípio da reserva legal proporcional (**Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes**), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas, também, a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (**Geeignetheit**) e a necessidade de sua utilização (**Notwendigkeit oder Erforderlichkeit**). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e dos objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)."*

E a evolução deste princípio não está terminada e mesmo agora, sem prejuízo do potencial promissor em aberto, é possível extrair algumas idéias consensuais que permitem aferir, diante do caso concreto, a proporcionalidade, quer de atos administrativos, quer dos atos legislativos.

Nesse sentido, atuam pelo menos três (3) sub-princípios de cuja confluência depende a aprovação do teste da proporcionalidade:

*1. Adequação entre Meios e Fins (**Geeignetheit**): exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo. Guarda simetria com o princípio da proibição de excesso (**Übermassverbotes**), a idéia é que a medida implementada pelo Poder Público tem de se evidenciar não apenas conforme os fins (**Zielkonformität**) almejados, mas, também, apta a realizá-los (**Zwecktauglichkeit**).*

*2. Necessidade (**Erforderlichkeit**): o objetivo pode ser traduzido pela máxima popular: "dos males, o menor", e investiga não tanto a necessidade dos fins, porém e sobretudo, a palpável inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado deve optar em favor daquela que afete o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. "O cidadão tem direito à menor desvantagem possível" (**Gebot des geringstmöglichen Eingriffs**).*

3. Proporcionalidade em Sentido Estrito: reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, contudo, ainda assim, desproporcionais em relação ao custo/benefício. Sem incorrer em um cálculo utilitário, a proporcionalidade em sentido estrito indaga, afinal, pelo preço a pagar. Faz a conta do lucro e da perda, para apurar se os ônus para alcançar o fim não são, apesar de tudo, desmesurados.

Constituições democráticas necessariamente possuem um núcleo de tensão interna congênita sob pena de não encarnarem os multifacetários anseios alojados no corpo e no espírito da sociedade. Daí porque a tarefa exegética, requer permanente salvaguarda do núcleo de intangibilidade, sem o qual o sistema deixa de ser sistema cabendo ao intérprete, nesse mister desenvolver uma hierarquização racional, objetiva e impessoal, com incessante diálogo com o ordenamento, desprezando soluções que se revelem contrárias às cláusulas imodificáveis e afastando, se necessário, a norma no que esta o contrariar.



Noutro dizer, deve-se lutar, contra subjetivismos redutores da "juridicidade" pois uma das funções da interpretação consiste em combater o arbítrio irracionalista que veicula a exegese como fruto de uma escolha lastreada na pura vontade e, mesmo que não se possa erradicar parcela de subjetividade, porquanto a liberdade é traço indissociável do ato pluralista de decidir, de julgar, a lógica jurídica não pode ser confundida com decisionismo sob o influxo de paixões ou mesmo de "razões de Estado" diante da demonstração histórica das conseqüências da tibieza dos juízes alemães que, aceitando-as, levou aquela grande nação ao conflito mundial.[11]*

Mais adiante colaciona, oportunamente, o Ministério Público Federal:

"Luís Roberto Barroso também reconhece esse amálgama, ou ao menos um caráter intercambiável entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora registrando também que, historicamente, se originaram de sistemas distintos:

Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos - ao americano em um caso e ao alemão em outro -, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matrizes, razoabilidade era mecanismo de controle dos atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização.

[...]

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível — ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido de princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.*[12]

É bem verdade que o tema aqui examinado, conforme reconhece o Ministério Público Federal mereceria uma regulamentação mais clara e explícita, seja do Poder Legislativo, seja do poder regulamentar do gestor público e não se desconhece que esta pauta seria primordial e preferencialmente do legislador ou do administrador.

A rigor esta questão de asseguramento de um prazo de cinco dias para recolhimento das taxas cobradas em concursos públicos daqueles que tiveram seus pedidos de isenção indeferidos em grau de recurso poderia ter sido resolvida espontaneamente pelas entidades, afinal, um mero ajuste em um PERT/CPM*[13] quiçá invertido no qual, sem comprometer uma data final, são estabelecidos prazos antecedentes suficientes para outorgar ao cidadão um prazo de cinco dias para pagamento a fim de salvaguardá-lo de imprevistos que um único dia se mostra inadequado.

Contudo, diante de insuficientes regras de molde a viabilizar o exercício de regular do direito objeto de exame judicial na presente ação, mostra-se perfeitamente não só possível como recomendável que nesta sede se arbitre uma solução, ainda que sob a perspectiva do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme art. 5º, XXV, da Constituição da República.



E, sob o crivo do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade possível extrair uma solução que compatibilize as necessidades da Administração Pública e a fruição de direitos dos cidadãos.

Neste sentido a oportuna observação do MPF:

"Verbi gratia veja-se a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, preceitua em seu art. 5º, IV, que o usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar em seus atos e condutas diretrizes que não se afastem adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação."

E prossegue:

"Como já se afirmou, não há lei sobre o tema aqui tratado, mas isso não impede, como é cediço, que se lance mão da analogia ou da equidade, conforme determinam os arts. 8º e 140 do Código de Processo Civil, bem como o arts. 4º e 5º, do Decreto-lei nº 4.657/42, atendendo-se aos fins sociais às exigências do bem comum."

Para tanto, consigne-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, preceitua, em seu art. 24, que inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior."

Finalmente, oportuno deixar registrado que os concursos já realizados pelas Rés, ainda que não atendendo rigorosamente o que ora se reconhece nesta sentença, por representarem situações juridicamente consolidadas e cuja modificação instauraria inadmissível insegurança jurídica desatendendo a um princípio bastante caro do direito, não estão alcançados pela presente sentença que se volta, exclusivamente, a futuros concursos.

Nada mais representa que uma necessária modulação do direito aqui reconhecido para alcançar apenas efeitos futuros contados desta sentença mesmo porque em respeitável decisão liminar não se reconheceu pressupostos de urgência.

DISPOSITIVO

Isto posto e pelo mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** a presente Ação Civil Pública para condenar as Rés na obrigação de fazer, nos termos do pedido do Ministério Público Federal, no sentido de assegurar aos participantes dos concursos públicos a serem realizados pela União, inclusive pelas corrés a **instituição de prazo não inferior a 5 (cinco) dias úteis para que os candidatos cujos pleitos de isenção de taxa de concursos públicos federais tenham sido indeferidos possam realizar o recolhimento da taxa, contabilizado o prazo a partir da ciência do indeferimento final.**

Presentes os requisitos do artigo 497 do Código de Processo Civil, e, a fim de evitar que o próprio trâmite da presente ação seja transformado em vetor de injustiça retardando a efetivação do direito ora reconhecido, **CONCEDO TUTELA ANTECIPADA**, devendo as rés aplicarem aos próximos concursos a obrigação de fazer determinada na presente sentença, a partir de sua ciência.

Despesas e honorários incabíveis, diante da ausência da hipótese ensejadora prevista no Art. 18 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1.985.



Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório nos termos artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil.

Publique-se, Registre-se, Intime-se.

São Paulo, 29 de janeiro de 2020.

VICTORIO GIUZIO NETO

JUIZ FEDERAL

-
- [1] Esta numeração de página e as seguintes são do Inquérito Civil que instruiu a inicial
- [2]. ALEXY, Robert, Trad. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad. Virgílio A. da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.
- [3]. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo — 7ª ed. Ed. Rev. e Atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- [4]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 112.
- [5]. PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-44. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.
- [6]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111-112.
- [7]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41-42
- [8]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4467. Relatora Ministra Ellen Grace. Tribunal Pleno. Brasília, 30 set. 2010. Dje nº 104, Brasília-DF, 01 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042>>. Acesso em: 02 out. 2016.
- [9]. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.
- [10]. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 114.
- [11]. Parecer AGIP 94/001, de 10/10/94, da lavra de Antonio Ferreira Alvares da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo G. Gonet Branco.
- [12]. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo, Interesse Público - IP, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.
- [13]. Program Evaluation and Review Technique e Critical Path Method (ferramentas empregadas em gerenciamento de tempo)

