

# *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONCURSO — NULIDADE E IRREGULARIDADES*

*— Pronunciar nulidade sem que tenha havido violação de normas substanciais, com prejuízo efetivo dos concorrentes, é servir a princípios obsoletos e fazer repetir, sem proveito, atos administrativos que preencheram a sua finalidade.*

## DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N.º 6.361-48

1. Nicácio de Castro Miranda e outros, candidatos inscritos no concurso para provimento do cargo da classe inicial da carreira de "Comissário de

Polícia" do D.F.S.P. do M.J.N.I., requerem a *anulação* do dito concurso (C. 204) "em virtude de irregularidades verificadas na realização das pro-

vas de Direito Penal e Direito Judiciário Penal”, pois que, esclarecem, “na primeira, o ponto para dissertação não foi sorteado e sim previamente escolhido” e na segunda, “foi formulada uma questão de “Prática de Serviço”, quando se pediu a redação de “uma informação ao Juiz de Direito em processo de *habeas-corpus*”. Alegam, finalmente, que nas provas realizadas não se observou o preceito do art. 37 da Portaria n.º 164, de 17 de junho de 1943, que baixou as Instruções Gerais dos Concursos e Provas de Habilitação”.

2. O Diretor da D.S.A., informando a reclamação, declara que “o ponto para a dissertação foi, com efeito, sorteado: fê-lo a Banca Examinadora mesma, quando da última reunião havida para a redação final das questões propostas”. As Instruções reguladoras do concurso (item 7, letra c) dispõem que a “prova escrita de direito penal” constará de dissertação “sobre assunto sorteado dentre os onze primeiros do programa”, etc. Do texto, argumenta o informante, “não há como deduzir que o ponto para a dissertação tivesse de ser sorteado publicamente, o que equivale a dizer, na presença dos candidatos”. O verbo “sortear”, desacompanhado de qualquer adjunto, não significa que a sorte deva ser tirada em público. Para comprovação do asserito cita os léxicos da língua vernácula segundo os quais a noção do “sorteio” não está ligada necessariamente a de que o mesmo seja “público”. O verbo *sortear* quer dizer determinar ou escolher por sorte, eger ou tirar à sorte, e não escolher por sorte, em público”. Sobre a dissertação tivesse de ser *sorteada* publicamente, ou não, cabe ao Diretor julgar, de acordo com a faculdade que lhe é atribuída pelas Instruções de concurso de resolver os casos omissos.

3. A propósito da segunda objeção, de que foi formulada questão pertinente à outra prova, a de “Prática de Serviço”, valeu-se o informante da argumentação em contrário, constante da dissertação feita pelo examinador, Prof. Benjamin de Moraes, junta ao processo como peça de sua instrução. Ainda que houvesse formulação de pergunta inadequada, mas pertinente a outra prova, não seria motivo de

nulidade, quer da prova, quer do concurso.

4. Com relação a observância, no conjunto das provas, do art. 37 da Portaria n.º 164, hoje art. 36 da Portaria n.º 341, de 13-7-48, que se refere ao processo de identificação das provas, afirma o Diretor “todas as cautelas aconselháveis foram tomadas, e a todos êsses dispositivos obedecemos integralmente”.

5. Antes de examinar o mérito do concurso, cumpre dizer qual o princípio jurídico que rege o assunto. O art. 53 da Portaria n.º 164, de 17 de junho de 1943, que contém as “Instruções Gerais dos Concursos e Provas de Habilitação”, vigente ao tempo da realização das provas impugnadas, dispõe: “Se ficar provado vício, irregularidade insanável ou preterição de formalidade substancial, o concurso será anulado, parcial ou totalmente, promovendo-se a punição do culpado ou culpados se houver.”

Esta norma obriga, com base no art. 18 do E.F., que delega às instruções à falta de lei ou regulamento especial, a disciplina dos concursos.

A aplicação do texto, porém, não deve fugir à inspiração dominante no campo jurídico quanto ao pronunciamento das nulidades. O chamado “sistema do prejuízo” que conta com o apêlo dos mais reputados especialistas e foi resumido na conhecida frase *pas de nullité grief* está hoje incorporado ao nosso direito positivo. O art. 563 do Código de Processo Penal dispõe que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Sobre o alcance e os pressupostos da regra discorreu longamente, com erudição e clarividência, Florêncio de Abreu (*Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, ed. Rev. Forense, vol. V, págs. 5 a 50).

Antes da codificação processual penal (decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941), já a reforma do processo civil adotara o conceito finalístico que o Supremo Tribunal Federal em decisão de 1922 assim resumiu:

“O fetichismo das fórmulas processuais, dógma prevalente entre os romanos, atualmente repousa tranqüilo no museu das antiquilhas do direito. De há muito, e principalmente hoje,

quando a lei prescreve uma formalidade qualquer, o seu fim é garantir um princípio que ela julga necessário à comunhão ou aos interesses do indivíduo em particular. Mas, se a despeito de seu desconhecimento, o princípio que ela era destinada a tutelar não ficou violado, não pode haver nulidade alguma" (Ac. de 16-8-22, in "Rev. de Dir.", vol. 46, pág. 309; Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código de Proc. Civil*, ed. "Rev. Forense", vol. III, pág. 249).

6. A invocação das regras do processo penal ou civil tem pertinência, como fonte supletiva do direito administrativo, tal como acontece com o direito privado propriamente dito, desde que feitas as reservas necessárias. É que, no dizer de André Houriou, "existem princípios jurídicos gerais, dominando todos os ramos do direito, e que, com modalidades diferentes, devem ter aplicação tanto em direito administrativo como em direito privado" (André Houriou, "*A utilização em direito administrativo das regras e princípios no direito privado*", "Revista de Direito Administrativo", vol. 1, pág. 469).

7. Isto pôsto, consideremos a reclamação em face dos textos e princípios que os informam.

O ponto para a dissertação deveria ser sorteado, dizem as Instruções, e, no caso, o foi. Há junto ao processo uma ata lavrada na ocasião, dando notícia do sorteio e das razões da conveniência segundo as quais o sorteio não se fazia publicamente, isto é, o retardamento na feitura do expediente necessário a elaboração das provas. A ata está ass'nada pelo Diretor e seus servidores imediatos e pelos membros da Banca Examinadora.

Dir-se-á que só o sorteio em público atinge a finalidade prevista nas Instruções, porque só a publicidade do ato assegura a igualdade dos concorrentes, quanto ao momento em que deviam ter conhecimento do ponto sorteado.

Em primeiro lugar as instruções aludem a sorteio e não a sorteio público. O sorteio realizou-se e da circunstância de não ter sido público nenhum prejuízo adveio para os reclamantes, porque a finalidade d'ele foi alcançada, não tendo qualquer concorrente tido noti-

cia do ponto, antes do momento em que foi feita a distribuição dos papéis próprios para a elaboração da prova. O que o sorteio visava foi almejado e nenhum fato em contrário foi apontado pelos reclamantes. Sòmente por amor ou apêgo fetichista às fórmulas é que se poderia vislumbrar nulidade no sorteio realizado ainda que longe do público, circunstância não vedada expressamente nas Instruções.

Sem prejuízo para os concorrentes, sem quebra de sua finalidade, tal sorteio não serve de base à anulação do concurso.

8. Com relação às outras supostas "irregularidades" nem elas se enquadram no âmbito do art. 37 citado e nem tem fomento de justiça. As informações juntas ao processo, firmadas pelo Diretor e examinadores dão conta do que ocorreu e da lisura e do escrúpulo que presidiram ao processamento do concurso.

9. Finalmente, não é demais repetir a lição de G. Zanobini para quem "...l'annullamento degli atti illegittimi non é reppure per il Governo, un dovere, na una semplice facoltà, per questo, la domanda degli interessati, diretta a provocare l'annullamento, non ha il valore di un ricorso, ma quello di una semplice denuncia". (*Corso de Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 291, 4.<sup>a</sup> ed., 1945).

10. A validade do concurso aproveita a grande número de concorrentes, que classificados não impugnaram a sua realização. Interessa sobretudo à administração que está certa de que através d'ele pôde recrutar servidores idôneos e capazes. Pronunciar uma nulidade sem que tenha havido violação de normas substanciais, com prejuízo efetivo dos concorrentes, é servir a princípios obsoletos e fazer repetir sem proveito atos administrativos que à juízo da autoridade competente e à luz dos textos aplicáveis, preencheram a sua finalidade.

Opino, pois, pelo indeferimento.

É o que me parece.

S.M.J.

Carlos Medeiros da Silva, Consultor Jurídico.

D.F., 14 de outubro de 1948. — De acôrdo. — Eitencourt Sampaio, Diretor Geral.