



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL N. 0002113-53.2014.4.01.3400/DF

RELATÓRIO

██████████ ajuizou ação com o intuito de anular ato administrativo pelo qual foi considerada não recomendada no teste psicotécnico do concurso público para provimento de cargo de escrivão de Polícia Federal, Edital n. 01/2013.

Na sentença, de fls. 492-498, foi julgado improcedente o pedido, condenando-se a autora ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, ficando suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita (CPC, art. 98, § 3º).

Apela a autora, às fls. 504-523, alegando que: a) “a banca organizadora [...] não especificou os aspectos/critérios utilizados ensejando, assim, margem de subjetividade não aceita pela jurisprudência dominante dos nossos Tribunais”; b) “a banca organizadora do certame sequer divulgou o perfil profissiográfico exigido para o cargo em comento”; c) “é imprescindível que o edital fixe, de forma clara, expressa e taxativa, os critérios que serão utilizados na avaliação psicológica, impedindo, assim, que haja espaço para avaliações subjetivas por parte dos examinadores, bem como que haja inovação em critérios de seleção”.

Requer a anulação da primeira avaliação ou, alternativamente, a repetição do teste.

Contrarrazões da União às fls. 527-528 e da ██████████, às fls. 531-535.

É o relatório.

DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA
RELATOR

VOTO

Sobre o assunto, tenho a seguinte posição:

Consoante registrei em artigo intitulado “Controle Judicial da Discricionariedade de Banca Examinadora de Concurso Público (destaque para o exame psicotécnico)”,¹ em notável conferência – La Lucha contra las inmunidades Del Poder² – proferida em 2 de março de 1962, na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, Eduardo García de Enterría reproduziu frase atribuída a Hans Huber, jurista suíço, segundo o qual o poder discricionário é o verdadeiro Cavalo de Troia no seio do direito administrativo de um Estado de Direito. A discricionariedade administrativa teria sido o meio pelo qual, ardilosa e sub-repticiamente, o absolutismo penetrou o Estado liberal, transmitindo-se às formas de Estado que o sucederam, até os dias de então. A luta pelo controle da discricionariedade operou-se nas seguintes etapas: a) reconhecimento de que em todo ato discricionário há elementos regrados, suscetíveis de sindicância judicial; b) inclusão da finalidade do ato administrativo entre os aspectos sindicáveis, graças à teoria do desvio de poder; c) admissão dos controle dos motivos determinantes do ato administrativo; d) distinção entre discricionariedade e operação com o que os juristas alemães denominam conceitos jurídicos indeterminados.³

A última e talvez mais importante construção, graças à constitucionalização do direito administrativo e a elevação dos princípios à categoria de normas, consiste na transformação da discricionariedade em vinculação da administração, direta e imediatamente, aos princípios constitucionais. Enquanto a vinculação stricto sensu é vinculação a regras, na discricionariedade, a vinculação é aos princípios, ou seja, uma vinculação mais aberta, porque, conforme a conhecida lição de Robert Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.⁴

Apesar dessa evolução, a questão do controle judicial da avaliação feita por banca examinadora em concurso público continua resistindo à luta contra as imunidades do poder. Se a discricionariedade foi o Cavalo de Troia do absolutismo no Estado de Direito, a imunidade da avaliação feita por banca examinadora de concurso público constitui o Cavalo de Troia da anterior concepção de discricionariedade dentro da administração “vinculada à lei e ao Direito” (vinculação ao Direito entendida como vinculação direta e imediata, independentemente de intermediação legislativa, aos princípios constitucionais).

*Diz a União, na contestação, que “os testes aplicados no concurso para provimento de vagas nos cargos de Agente da Polícia Federal foram validados com base em diversas amostras, incluindo amostras de policiais e foram **aprovados pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP)**. Os testes não estão no mercado por medidas de segurança e sigilo e com a*

¹MOREIRA, João Batista Gomes. Controle Judicial da Discricionariedade de Banca Examinadora de Concurso Público (destaque para o exame psicotécnico). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al. *O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ* – Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 275-288.

² ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha contra las inmunidades Del Poder*. 3. ed. Madri: Civitas, 1995.

³ ENTERRÍA, Eduardo García de, *op. cit.*, p. 30-33.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

autorização do Conselho. / Nesse ponto é importante ressaltar que o resultado da avaliação psicológica foi obtido por meio da combinação do resultado de vários testes aplicados e que não há possibilidade de um candidato ser considerado não-recomendado para o cargo em função do resultado isolado de apenas um teste. / Ademais, todos os testes foram aplicados e analisados segundo o perfil profissiográfico **previamente** elaborado e todos, sem exceção, estão devidamente registrados em plenamente de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Psicologia, ou seja, foram padronizados e validados para a realidade brasileira, sendo instrumentos válidos para a avaliação a que se destinam. / (...) / Cada uma das dimensões do Big Five representa um conjunto de traços que tendem a ocorrer juntos. As definições dessas dimensões descrevem os elementos comuns entre os traços que as compõem. Howard e Howard (2000) definem os fatores do modelo da seguinte forma: **Instabilidade emocional** – refere-se ao número e força dos estímulos necessários para eliciar emoções negativas em alguém. Indivíduos com **altos escores** podem apresentar características como preocupação, raiva, desencorajamento, autoconsciência, impulsividade, vulnerabilidade. **Baixos escores** podem descrever pessoas com maior estabilidade emocional, menor preocupação com pequenos problemas, e com reações mais aceitas socialmente. **Conscienciosidade** – refere-se ao número de objetivos nos quais o indivíduo está focalizado. **Altos escores** indicam pessoas que se descrevem como possuindo competência, ordem, obediência, empenho para realização, autodisciplina, deliberação. **Baixos escores** podem indicar irresponsabilidade, falta de compromisso e desorganização. **Dominação** (dominância) – diz respeito ao sujeito que manipula e manda nos outros, que gosta de ser o centro da atenção, mete-se em confusão e brigas (mandão e grosseiro). **Altruísmo** (assistência) – fala do sujeito que tem o bem dos outros em foco, tem interesse e se sacrifica pelo bem-estar dos outros, é respeitoso e solícito. **Introversão** – refere-se ao sujeito que prefere ficar e agir sozinho, evita companhia e é tímido. **Relacionamento interpessoal** (extroversão) – diz respeito ao sujeito que irradia alegria, mantém o ambiente e os outros alegres, adora bater papo e fazer amizades. **Liderança criativa** (liderança) – refere-se ao sujeito cheio de ideias, criativo, que assume liderança e enfrenta desafios. **Dependência** (submissão) – refere-se ao sujeito que não toma iniciativas, que segue a opinião e os comandos dos outros. Assim, o fator fala do *sujeito que gosta de ser mandado*” etc.

A propósito, especificamente, do exame psicotécnico, escrevi no referido artigo⁵:

A não-recomendação (na verdade, reprovação) em exame psicotécnico, tal como tem sido decidida na maioria dos concursos públicos, padece de deficiência básica: a falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, a falta de motivação suficiente, pública e convincente da inaptidão do candidato.⁶ De acordo com a Lei n. 9.784/99, art. 50, deverão ser motivados todos os atos administrativos, entre outras hipóteses, que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública. A motivação dos atos administrativos é inerente à democracia. A democracia – leciona Celso Antônio Bandeira de Mello – já não é só um modo “de designação do poder, mas também um modo de exercício do poder”,

⁵ MOREIRA, João Batista Gomes, *op cit.*, p. 275-288.

⁶ No pensamento de Kant, “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável com a publicidade são injustas” (BOBBIO, Norberto, citado por MOTTA, Fabrício. Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. *In: Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson de Abreu Dallari*: Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 328).

*refletindo-se na exigência de motivação, indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa.*⁷

Alega a Administração que abrir totalmente o método de realização do exame psicotécnico seria facilitar o treinamento inescrupuloso para realizá-lo e com isto frustrar sua eficácia em aplicações futuras. A preocupação, como se vê, é com a salvação do exame psicotécnico. É como se o fim – a seleção de candidatos com perfil pretensamente adequado ao exercício do cargo – justificasse o emprego desse meio, ainda que de forma atentatória a princípios constitucionais e a direitos fundamentais. Entre salvar o exame psicotécnico e salvar os direitos fundamentais, deve-se, obviamente, preferir a última alternativa.

A possibilidade de preparação para criar, artificialmente, um resultado positivo no exame psicotécnico, sem que por essa atitude o candidato esteja sujeito a qualquer sanção (haverá, quando muito, sanção ético-disciplinar para o psicólogo que ministre tal treinamento) já é um atentado à isonomia, na medida em que desiguala injustamente os concorrentes, em prejuízo, logo, dos mais honestos. A duvidosa eficiência dos testes e a possibilidade de treinamento revela-se nos casos, efetivamente acontecidos, de candidatos que são aprovados e depois reprovados, ou vice-versa, em sucessivos concursos para o mesmo cargo ou para cargos semelhantes.

Não convencem as alegações de discricionariedade técnica e de presunção de legitimidade do ato administrativo. Primeiro, a discricionariedade técnica não constitui obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade administrativa.⁸ Aliás, de acordo com a doutrina italiana, a discricionariedade técnica é uma discricionariedade mais fraca. Segundo, à semelhança do que acontece com a presunção de constitucionalidade, que não subsiste para a lei restritiva de direito fundamental,⁹ e com mais razão, o ato administrativo não será presumido legítimo quando classificado nesse mesmo campo. Ao contrário, o ato administrativo aí situado será, em princípio, suspeito de ilegitimidade, recomendando criterioso exame jurisdicional (strict scrutiny).

O exame psicotécnico utiliza o método de fragmentar a personalidade humana, reduzindo-a a caracteres que se pretendem positivos ou negativos. Num dos testes normalmente aplicado – o de Zulliger – busca-se dimensionar os caracteres controle emocional, flexibilidade, maturidade, resistência à frustração, meticulosidade, perspicácia, ansiedade, sociabilidade, impulsividade, agressividade, tendência depressiva, capacidade de análise e síntese, o resultado dependendo da combinação quantitativa (matemática) de traços classificados como indesejáveis, restritivos e prejudiciais. A fragmentação para efeito de análise é orientação típica do racionalismo cartesiano, que recomenda, para alcançar a verdade, a redução da realidade a seus mínimos elementos para efeito de medição matemática. Mas a fragmentação da realidade, especialmente cuidando-se do grande universo da personalidade humana, pode ser comparada à experiência de colocar uma onda de mar num recipiente, o que a torna instantaneamente sem vida e sem movimento.¹⁰ O resultado do conjunto integrado num sistema é maior e diferente da simples soma das partes.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 100.

⁸ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266.

⁹ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99.

¹⁰ A imagem nos é oferecida por BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99.

Ressalta Luis Recaséns Siches, tocando justamente na Psicologia, que para a Gestalt, ao contrário do associacionismo atomista, os fenômenos da consciência não representam a soma de componentes mentais singulares, mas uma totalidade unitária, indivisa (sistêmica), de sentido. A vivência do sentido total é algo mais e diferente da soma de seus componentes elementares. A constatação de que o todo é diferente da soma das partes encontra-se, já, nos ensinamentos de Lao-Tsé, Platão e Aristóteles. A conexão de sentido é objeto de estudos específicos de Dilthey e Husserl.¹¹ A Gestalt caracterizou-se “como um movimento de protesto contra a fragmentação e a alienação crescentes da natureza humana”. Seu postulado básico – “o todo é mais do que a soma das partes” – tornou-se a fórmula-chave dos pensadores sistêmicos.¹² Na mesmo sentido, é também notável a contribuição de Edgar Morin para a concepção sistêmica da realidade.¹³

Outro teste aplicado em concurso destina-se a medir os seguintes caracteres: a) ordem (“diz respeito à pessoa meticulosa, cautelosa, que aprecia a rotina”); b) conformidade (“capacidade de conformar-se e respeitar regras e normas sociais”); c) atividade (“ser ativo, despende energia nas atividades que realiza, procurando padrões de excelência nos resultados”); d) autoconfiança (“diz respeito a pessoa otimista, tranquila, confiante e de humor estável”); e) expansão (“refere-se a pessoas que interagem facilmente com outros, sentem-se à vontade com pessoas estranhas”); f) expansão exacerbada (“refere-se a pessoas que não se aprofundam em um relacionamento, não se focam em um objetivo”); g) enfrentamento (“diz respeito à capacidade de não se impressionar com cenas violentas, vulgares e hostis”); h) altruísmo (“característica de pessoas prestativas, generosas e simpáticas”); i) altruísmo exacerbado (“refere-se a pessoas que deixam de pensar em si mesmas devido à excessiva preocupação com os outros”); j) autenticidade (“refere-se à pessoa madura, sincera, capaz de expressar suas opiniões e sentimentos”); k) agressividade (“usar a força ou violência para se opor”) exacerbada; l) inibição (“refere-se à pessoa que sente embaraço diante de outras pessoas, com dificuldade de tomar iniciativa”) exacerbada. Em certa ocasião, um dos caracteres avaliados chamava especialmente a atenção: “masculinidade e feminilidade”.

São todos esses conceitos altamente indeterminados (alguns duplamente indeterminados, como expansão, altruísmo, inibição e agressividade exacerbados), insuscetíveis de determinação e medição matemática, válida para uma pessoa no decorrer de toda sua vida e em todas as circunstâncias. Não está justificado porque esses caracteres e não outros são os adequados, levando-se em conta a diversidade de atividades funcionais. Pelo menos dois daqueles caracteres mostram-se aparentemente contraditórios: capacidade para apreciar a rotina e atividade.

No MS 30822/DF, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/06/2012, ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que “é necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios”. A

¹¹ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2 ed. México: Porrúa, 1973, p. 248 e 250.

¹² CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 42.

¹³ Cf. MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis Le. *A Inteligência da Complexidade*. Trad. Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.

*propósito, diz Marçal Justen Filho que, na questão do exame psicotécnico em concurso público, há dois problemas fundamentais, de difícil superação: “o primeiro reside em identificar, teoricamente, as características psicológicas incompatíveis com as competências do cargo considerado. E o segundo consiste na implantação de um sistema de avaliação dotado de um mínimo de objetividade”.*¹⁴ Acrescentem-se os desvios subjetivos na interpretação do que seja realmente cada um daqueles traços, a respectiva importância (indesejável, restritivo ou prejudicial) e a quantidade ilimitada de tipos resultantes de sua combinação. Sem negar os méritos da Psicologia em inúmeras outras áreas e, reduzido a seus devidos limites, do próprio psicotécnico, não é exagero afirmar que a confiança na precisão dos resultados de um exame com as apontadas características constitui, por enquanto, ato de profissão de fé.

A eleição imotivada, e sem participação democrática, do perfil profissiográfico para determinado cargo, o sigilo do exame e a imprecisão dos conceitos empregados tornam, por outro lado, impossível o exercício do contraditório e ampla defesa. É comum a tentativa de suprir essa deficiência com a oportunidade de novo exame, acompanhado por psicólogo contratado pelo candidato. Essa repetição é, todavia, inútil, uma vez que destinada a avaliar o perfil do candidato em contraste com o mesmo modelo (tipo) preestabelecido unilateralmente pela administração, além da utilização dos mesmos métodos anteriormente empregados. Pergunta o Ministro Ricardo Lewandowski: “... ausente os critérios objetivos para a avaliação psicotécnica, como seria possível a realização de um novo exame? Com a definição posterior desses requisitos a serem utilizados? Essa postura violaria ainda mais o princípio da impessoalidade a que está submetida a Administração Pública, pois seriam estipuladas novas regras de avaliação para candidatos já conhecidos” (2ª Turma do STF, voto no MS 30.822/DF, julgado em 05/06/2012).

Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, são inválidas disposições que resultam em afastar a objetividade dos concursos públicos, como tais consideradas as relativas aos exames psicotécnicos que se destinam “a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em um pretense ‘perfil profissiográfico’, decidido pelos promotores do certame como sendo o ‘adequado’ para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego”. Exames psicológicos – acrescenta – “só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental do candidato, ou, no máximo – e ainda assim, no caso de certos cargos ou empregos -, para identificar e inhabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções”.¹⁵

Além desses casos, o exame psicotécnico pode ser utilizado, sim, como instrumento válido de orientação (recomendação, como, aliás, é o termo utilizado) à administração de pessoal, para efeito de lotação de servidores em setores compatíveis com a aptidão de cada um, sintomaticamente demonstrada, e de acompanhamento do estágio probatório. Nas palavras, novamente, de Marçal Justen Filho, “o meio mais satisfatório para verificar objetivamente a adequação da conduta de um sujeito reside na experimentação prática e concreta. Logo, a solução mais razoável é

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 591.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251. Cf. também, do mesmo autor, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 48-50.

*submeter o sujeito aprovado no concurso a um processo de acompanhamento rigoroso, durante um período de experiência. Constatada a ausência de suficiente equilíbrio para o exercício da atividade, será o caso de impedir a efetivação. Lamentavelmente, a administração pública não cumpre seus encargos relativamente ao período de experiência, o que conduz à tentativa – muitas vezes puramente adivinhatória – de eliminar o candidato num teste psicotécnico”.*¹⁶

Nos casos julgados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a então Desembargadora Federal Isabel Gallotti manifestava a seguinte opinião:

A Constituição prevê que a lei – e somente ela – possa estabelecer as condições para o exercício de cargo público. A adequação a determinado ‘perfil profissional’ estabelecido por psicólogos não é, contudo, requisito legal de investidura previsto para cargo algum. E nem seria razoável que o fosse, pois a infinita diversidade de personalidades, sempre com aspectos positivos e negativos, escapa à possibilidade de cadastramento e identificação da Psicologia. O candidato pode não ter a boa capacidade de concentração, mas ter excelente memória e raciocínio lógico, por exemplo. Alguma determinada característica de temperamento não possuída em grau satisfatório pode ser amplamente compensada por outras ostentadas pelo candidato.

A ilustre magistrada, hoje Ministra do Superior Tribunal de Justiça, aplicava aí os princípios da complementaridade e do pluralismo. À luz desses princípios, não seria ousadia afirmar que a exigência de perfil profissiográfico positivo (em vez da reprovação de desvios de personalidade “que prejudiquem o exercício do cargo”) atenta contra o direito à diferença, este que se afirma no pluralismo democrático, contra a ideologia (neoliberal) do pensamento único.

Em juízo de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência, cristalizada na Súmula 686, pela necessidade de previsão em lei, em sentido estrito e de critérios objetivos previamente divulgados, para aplicação de exame psicotécnico (AI 758.533 QO-RG/MG, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 13/08/2010). Pela jurisprudência do STF, “é necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios” (MS 30822/DF, Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 26/06/2012).

Na linha da jurisprudência deste Tribunal: “3. O exame psicológico não pode examinar o temperamento ou a compatibilidade de traços de personalidade com o cargo ou atribuições do cargo a ser exercido, restringindo-se a aferir se o candidato tem transtornos cognitivos e/ou comportamentais ou patologias mentais. 4. As avaliações de características da personalidade são altamente subjetivas, insuscetíveis de determinação e medição, válida para uma pessoa no decorrer de toda sua vida e em todas as circunstâncias, diga-se, são características de toda pessoa. ...7. No caso dos autos [...] não há parâmetro no edital dos critérios e do perfil profissiográfico almejado, sendo, portanto, inócuo se determinar que o candidato se submeta a novo exame” (EAC 0039621-09.2009.4.01.3400/DF, Des. Federal Néviton Guedes, 3S, 21/10/2015).

O mesmo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, firmou a seguinte tese (tema 1009): “No caso de declaração de nulidade de exame psicotécnico previsto em lei e em edital, é indispensável a realização de nova avaliação, com critérios objetivos, para prosseguimento no certame” (RE 1.133.146 RG/DF, Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 26/09/2018).

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 591-592.

Dou provimento à apelação, reformando a sentença para que o autor possa repetir o exame psicotécnico, conforme requerido, com critérios objetivos e previamente divulgados e, caso aprovado, participe das demais etapas do certame.

Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (CPC, art. 85, §8º).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA
RELATOR