
DOS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA REVISÃO DOS ATOS DAS BANCAS EXAMINADORAS DE CONCURSOS PÚBLICOS: CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STF

Silton Batista Lima Bezerra

*Especialista em Direito Público - UnB. Membro da Comissão para realização do
“Diagnóstico da Advocacia Pública”. Secretaria de Reforma do Judiciário/SRJ do
Ministério da Justiça/MJ. Out/2008. Brasília/DF.*

*Membro do Conselho Científico & Empresarial da Primeira Cúpula sobre o Judiciário
e os interesses vitais da Nação Brasileira – Cúpula Justina. Evento realizado pelo
Instituto Besc de Humanidades e Economia*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Apresentação do problema; 2 Apresentação das teses da jurisprudência e das súmulas do Supremo Tribunal Federal; 3 Análise dos argumentos e fundamentos da jurisprudência; 3.1 A doutrina da separação de poderes; 3.2 O mérito do ato administrativo; 3.3 Dos atos administrativos discricionários; 4 A aplicação dos princípios constitucionais; 4.1 Princípio da legalidade; 4.2 Princípio da inafastabilidade da Jurisdição; 4.3 Princípio da publicidade; 4.4 Princípio razoabilidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho fornece parâmetro para a atuação judicial, dentro dos limites atribuídos a si pelo Poder Judiciário, na resolução dos casos cujo objeto do pedido seja a revisão dos atos administrativos de correção de provas de concursos públicos realizados pelas Bancas Examinadoras.

O principal desafio residiu na busca de uma solução justa e que atenda aos princípios da separação de poderes, da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, da publicidade e da razoabilidade.

O estudo analisou precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, pois, este é o órgão responsável pela interpretação constitucional definitiva.

Na observação da dinâmica realizada pelo Poder Judiciário para solução dos problemas concretos, surgiu impasse aparentemente intranponível: a impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca de concurso para dar notas a candidatos versus o dever de revisar o ato de correção das questões.

A moderna doutrina administrativista avaliza o entendimento da possibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos, sem, entretanto, apresentar de modo claro a maneira de operacionalização do mesmo. Nesta oportunidade, propõe-se, como forma de equalização dos interesses refletidos, bem como adequando o caso aos princípios examinados, a utilização de peritos como auxiliares do Juiz, no sentido de garantir a manutenção da imparcialidade do magistrado. Essa evolução, produto da análise sistematizada da jurisprudência do Pretório Excelso, fornece coerência aos diversos julgados das instâncias repetidoras, conferindo-lhes maior grau de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Banca. Nulidade. Sindicabilidade. Revisão. Notas. Concurso. Público.

ABSTRACT: The present work provides a parameter for the judicial action, inside the limits attributed to itself by the Judicial Branch, in the resolution of cases in which the object of the request conveys the review of the administrative acts of correction of public contest exams carried out by the Examining boards.

The main challenge focused on the search of a due solution, one that meets the principles of the separation of the branches, of the immovableness of the jurisdiction, of the legality, of the publicity and of the reasonableness.

The study analyzed precedents of the Federal Supreme Court, since this is the organ responsible for the definitive constitutional interpretation.

In the observation of the dynamics carried out by the Judicial Branch to the solution of concrete problems, an apparently unsurmountable impasse emerged: the impossibility of the Judiciary to replace the contest examining board which gives marks to the candidates versus the duty of revising the act of correcting the questions.

The modern administrative doctrine guarantees the understanding of the possibility of syndicability of the administrative acts, without, however, clearly presenting the way of making it operational. In this opportunity, it is proposed, as a manner of equalization of the reflected interests, as well as adapting the case to the principles examined, the employment of experts as Judge Assistants, with the purpose of in the direction of ensuring the maintenance of the impartiality of the magistrate.

This progress, product of the systematized analysis of the jurisprudence of the Highest Tribunal, provides the many judged cases of repeating instances with coherence, granting them with a higher degree of security.

KEYWORD: Administrative. Contest. Nullity. Syndicability. Revising. Marks. Public. Boards.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a fornecer parâmetros para a atuação judicial de forma mais segura, apurada após a investigação dos limites atribuídos a si pelo Poder Judiciário na resolução dos casos concretos que tenham como objeto o pedido de revisão dos atos administrativos de correção de provas de concursos públicos realizados pelas Bancas Examinadoras.

O principal desafio localiza-se na busca de uma solução que seja ao mesmo tempo justa, garantidora da necessária efetividade para o jurisdicionado, que não conflite e atenda aos princípios da separação de poderes, da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, da publicidade e da razoabilidade.

O estudo se centrou na análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF, pois, sendo este órgão o responsável pela interpretação constitucional definitiva, e tendo em vista que os vários fundamentos debatidos nas lides têm como âncora Princípios Constitucionais, resolveu-se focar o objeto de estudo numa representativa amostragem de acórdãos e decisões do referido tribunal.

Na observação da dinâmica realizada pelo Poder Judiciário para solução dos problemas concretos, surgiu impasse intransponível,

conforme assentado pela Jurisprudência consolidada, a saber, a impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca de concurso para dar notas a candidatos e revisar questões.

A análise da moderna doutrina administrativista viabiliza o entendimento no sentido da possibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos, sem, entretanto, apresentar de modo claro a maneira de operacionalização do mesmo. Nesta oportunidade, propõe-se, como forma de equalização dos interesses refletidos, bem como adequando o caso aos princípios examinados, a utilização de peritos como auxiliares do Juiz, no sentido de garantir a manutenção da imparcialidade do magistrado.

Essa evolução, produto da análise sistematizada da jurisprudência do Pretório Excelso, pretende fornecer coerência aos diversos julgados das instâncias repetidoras, conferindo-lhes maior grau de segurança.

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A problemática proposta a exame pode ser delimitada pela seguinte situação concreta: um candidato disputa vaga em concurso público para ingresso em cargo efetivo, após lograr aprovação na fase objetiva do concurso é reprovado na etapa seguinte, fase subjetiva. Irresignado, resolve questionar a validade do ato de correção da sua prova subjetiva, exigindo, em recurso administrativo, a majoração de suas notas, tendo a banca do concurso negado o pleito, mantendo sua correção. Neste caso, cabe indagação sobre dois pontos: (a) é possível ao candidato socorrer-se do Poder Judiciário para ver sua pretensão atendida? e (b) uma vez possível, de que modo poderá se dar essa atuação judicial?

Em regra, as argumentações utilizadas para a impugnação das correções das Bancas são desenvolvidas com base nos seguintes fatos:

- a) vinculação da Banca ao edital, nas hipóteses de formulação de questões não abrangidas pelo programa do concurso veiculado no edital;
- b) falta de motivação na atribuição das notas, ocorre quando a Banca não explicita os critérios adotados na correção;
- c) tratamento diferenciado ou discriminatório aos candidatos, comum em situações de identificação da prova de um candidato para beneficiá-lo ou prejudicá-lo (situação que bem exemplifica pode ocorrer quando, na capa da prova de

segunda fase do candidato ajuizou mandado de segurança para poder participar desta fase, por ter sido reprovado na primeira fase, é marcada com as iniciais “MS”);

- d) má-vontade do examinador para ler a grafia do candidato;
- e) aplicação de critérios de correção diferenciados, aleatoriamente: para um grupo critério mais rigoroso, para outro grupo critério mais benevolente, dentre outros.

É importante frisar que, na prática, exceto a hipótese de impugnação do ato de correção das provas por meio de Recurso Administrativo, inexistente meio efetivo a ser manuseado para que os candidatos possam bloquear o arbítrio das Bancas Examinadoras que, muitas vezes, é externado por meio da elaboração de questões insolúveis ou dúbias, com correções teratológicas ou que se vinculam a *única corrente doutrinária*.

Em casos como o apresentado, em que os critérios de correção utilizados pelos examinadores e o próprio ato de correção são questionados, não resta aos candidatos preteridos outra solução, senão, buscar socorrer-se do Poder Judiciário no escopo de verem seus direitos restabelecidos, fazendo cessar os efeitos do ato arbitrário da Banca.

Verifica-se, na esmagadora maioria dos casos, que o Poder Judiciário, nas instâncias ordinária e Especial (Superior Tribunal de Justiça – STJ), tem negado provimento às demandas com este objeto sob o pálio da necessidade de preservação da separação de poderes, tendo como consequência a impossibilidade de substituição dos critérios da banca examinadora.

É possível observar que as decisões dos órgãos inferiores restam, quase sempre, contaminadas pelo lugar-comum da reprodução automática da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, isto porque a fundamentação desenvolvida nas lides encontra-se ancorada em princípios constitucionais, o que remete ao órgão responsável por dar última palavra em interpretação constitucional. Efeito colateral indesejável é entrega de sentenças com fundamentação incongruente com os fatos apresentados pelas partes.

Portanto, para se conseguir responder objetivamente às indagações formuladas, necessário se faz identificar o conteúdo das decisões do STF, relativas ao reexame de questões de provas de concursos públicos pelo Poder Judiciário, para, a partir daí, procurar estabelecer um pensamento sistêmico sobre o tema.

2 APRESENTAÇÃO DAS TESES DA JURISPRUDÊNCIA E DAS SÚMULAS DO STF

Realizando-se uma perfunctória análise das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF que discorrem sobre o tema, infere-se que elas carecem de uma abordagem mais sistêmica no sentido de dar coerência e organicidade ao pensamento da Corte Constitucional – que tem como função fixar a interpretação da lei maior – vez que suas fundamentações transitam ora entre a mera casuística e ora entre a afirmação genérica da impossibilidade do Poder Judiciário substituir a banca examinadora.

Veja-se a seguir a síntese das decisões do STF com a exposição dos diversos argumentos:

- 1) É impossível a avaliação de critérios de correção de provas e atribuição de notas pelo Poder Judiciário;
- 2) Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas;
- 3) Não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame;
- 4) É possível ao Acórdão que, analisando o conjunto probatório dos autos, corrigir o erro aritmético manifesto no somatório de pontos de candidato;
- 5) Longe fica de contrariar o disposto no artigo 2º da Carta Política da República provimento judicial que, a partir da premissa sobre a má vontade da banca examinadora na correção de prova manuscrita, considerada a caligrafia do candidato, assenta a improcedência dos erros apontados;
- 6) Não cabe ao Poder Judiciário substituir-se a Banca Examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão foi, ou não, correta; ou se determinada questão teria, ou não, mais de uma resposta dentre as oferecidas a escolha do candidato;

- 7) Os critérios dos examinadores de concursos, desde que não discriminem nem se afastem das disposições legais e regulamentares, não são susceptíveis de revisão judicial por meio de mandado de segurança;
- 8) É admissível o controle jurisdicional quando não se cuida de aferir a correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital – nele incluído o programa – é a lei do concurso (RE-AgR 526600/SP; RE 434.708, 21.6.2005, Pertence, DJ 09.09.2005). Cabe ressaltar que o entendimento anterior do STF espousava tese contrária, tal:

Concurso Público e Exame de Prova: Não cabe ao Poder Judiciário, em matéria de concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e avaliação de questões, mas apenas verificar a ocorrência de ilegalidade no procedimento administrativo. Com esse entendimento, a Turma não conheceu de recurso extraordinário em que se pretendia a anulação de questões de prova, cujo conteúdo não estaria compreendido no programa do concurso. Precedentes citados: MS 21.176-DF (RTJ 137/194) e RE 140.242-DF (DJU de 21.11.97). RE 268.244-CE, Rel.min. Moreira Alves, 9.5.2000. (RE-268244).

- 9) Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas, examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame;
- 10) Não cabe ao Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, valorizar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, substituindo-se a esta, mas verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, apenas, dado que, se as opções adotadas pela banca foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente;

- 11) Súmula 684: “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”;
- 12) Súmula 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e Súmula 471: “A administração pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”;
- 13) Súmula 6: “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário”.

Resumidamente, pode-se dizer que, segundo casuística acima colacionada, o Poder Judiciário:

- a) *Não pode*: i) avaliar os critérios de correção para atribuir notas ao candidato; ii) examinar o conteúdo das questões formuladas para verificar a correspondência com o programa do edital, com fito de anular as formulações não incluídas neste; iii) analisar a questão para saber da ocorrência de mais de uma resposta correta; iv) realizar a revisão judicial dos critérios dos examinadores, desde que não discriminem nem se afastem das disposições legais ou regulamentares; v) valorar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, se todos os candidatos foram tratados com igualdade; e vi) vetar de modo imotivado a participação de candidato em concurso público.
- b) *Pode*: i) realizar o controle da legalidade do ato; ii) corrigir erro aritmético manifesto, no somatório de pontos do candidato; iii) atribuir pontos ao candidato, quando verificada a má vontade da banca examinadora na correção da prova; e iv) exercer o controle judicial para verificação da relação de continência entre as questões formuladas e o programa do certame; v) à administração pública é facultada a prerrogativa de rever seus atos, quando eivados de vícios; vi) o Poder Judiciário pode rever a anulação e a revogação dos atos do Tribunal de Contas (Legislativo) e do Poder Executivo.

Preliminarmente, convém ressaltar que o termo “Poder Judiciário” ou somente “Judiciário” é utilizado em, pelo menos, duas acepções específicas nas decisões do STF, ora possui a carga semântica de Poder Judiciário, querendo representar realmente aquele ramo da divisão do Poder Estatal; ora significa Juiz ou Magistrado.

É preciso separar o Poder Judiciário do seu órgão (juiz), pois como se pode perceber o Poder Judiciário poderá determinar a revisão dos atos administrativos, inclusive substituindo a Banca do Concurso; já ao Juiz é vedado substituir a Banca Examinadora para refazer correções de notas de candidatos utilizando seu conhecimento privado, sob pena de perder sua imparcialidade. Entretanto, quando um juiz determina uma perícia técnica e a valida em sua sentença, é o Poder Judiciário, integrado por meio de seus auxiliares, quem garante a vedação ao arbítrio da Banca de Concurso.

Como se pode perceber, torna-se imperiosa a busca de uma linha de coerência entre esses julgados a fim de estabelecer uma atuação segura para o magistrado, evitando o risco de esbarrar nos proibitivos que se apresentam de modo fragmentário.

3 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS E FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA.

3.1 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES:

Argumento recorrentemente utilizado nas decisões do STF analisadas diz respeito ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes, no sentido de que o Poder Judiciário não pode realizar a revisão de tais atos, sob pena de adentrar, indevidamente, no âmbito de competência exclusiva do Poder Executivo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Princípio da Separação de Poderes, inserindo-o no seu art. 2º, com a devida observância da harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A confusão na aplicação do Princípio da Separação de Poderes não é exclusividade da doutrina e jurisprudência nacionais. Em países como a França, Inglaterra e EUA muitos efeitos incompatíveis entre si se têm atribuído ao princípio da separação de poderes ao longo dos seus dois séculos de existência constitucional, tudo por conta das múltiplas acepções que foi tomando.

Dentro de uma lógica *Garantista*, que nos interessa neste estudo, o princípio em tela pretende que nenhum dos órgãos estatais chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado, bem como que a

entrega de cada uma das frações em que o poder político seja dividido sirva de freio e contrapeso simultaneamente, evitando a concentração e o abuso de poder. É importante ressaltar que a distinção entre as funções legislativa, executiva e judicial não surgiu, na sua origem, marcada pela pretensão de compreender e descrever exaustivamente as funções de Estado, mas com o intuito claramente prescritivo e garantístico: a separação orgânico-pessoal é um imperativo da liberdade e da segurança individuais.

A “*separation of powers*”, nascida na Inglaterra do Século XVII como um pré-requisito da “*rule of law*”, foi resultado do sistema jurídico-político de então, no qual a legislação era uma atividade excepcional de natureza muito específica, sendo que até a Idade Moderna a lei era declarada, clarificada, explicitada e não produto da elaboração intelectual do legislador, pois a atividade legislativa (jurisdicional) fazia parte do processo judicial, a quem cabia dar concretude aos termos abstratos das regras legais.

É relevante ressaltar, com apoio em Nuno Piçarra, que o princípio da *separação de poderes* foi utilizado na Inglaterra, inicialmente, para evitar os abusos do Poder Legislativo (mais precisamente do Parlamento Longo), no sentido de limitar aquele órgão à função legislativa, retirando-lhe qualquer competência de natureza jurisdicional.

Na visão de um dos grandes pensadores da época, John Locke:

[...] seria provocar uma tentação demasiada forte para a fragilidade humana, sujeita à ambição, confiar aos que já têm o poder de fazer as leis o poder de as executar. Ficariam, então, em condições de se dispensarem de obedecer às leis que fazem e em condições de redigi-las e aplica-las em função dos seus interesses¹.

Para Locke, a doutrina da separação de poderes pressupunha a definitiva autonomia material da função legislativa, relativamente à função executiva, visando assegurar a supremacia da lei, que neste contexto representa a expressão primacial da vontade popular manifestada por uma assembléia de representantes eleitos.

Na doutrina da balança dos poderes, que vigia na Inglaterra num segundo momento da sua história, o Parlamento não executava mais as leis ao interpretá-las, mas exercia o controle da função executiva por meio do *impeachment*; e o Rei já não participa da feitura das leis, mas controlava sua eficácia por meio do veto (*negative voice*). A rigor, nem

1 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Coleção Obra Prima. São Paulo: Martin Claret, 2008, *apud* PIÇARRA, Nuno. *A Separação de poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra. 1989. p. 71.

o *impeachment* nem o veto têm natureza legislativa ou executiva, antes materializam um poder de controle recíproco.

Montesquieu, após longo estudo da realidade e dos autores ingleses, apresentou sua contribuição na obra “Do espírito das Leis”, no sentido da integração, dentro da mesma doutrina, entre a separação de poderes legislativo e executivo, subdividindo este em executivo (governança) e judiciário, pois entendia que, na prática, havia pouca probabilidade de os autores das leis atuarem sempre de acordo com elas, aplicando-as imparcialmente aos casos concretos, por isso estabeleceu a separação de poderes como uma *conditio sine qua non* à aplicação da *rule of law* ou princípio da legalidade, visando garantir a supremacia da lei, mediante o exercício de acordo com ela (não arbitrário) da função executiva e judicial.

Nas palavras de Montesquieu:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos ².

Assim, imperioso ter-se em mente o que Montesquieu entende por:

[...] Poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. O Poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado é o de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes e julgar os litígios entre os particulares” ³.

Importante lembrar que, no século XVIII, constitucionalistas ingleses, notadamente Trenchard e Bolingbroke, reformularam a doutrina da separação de poderes de tal modo que a disjunção entre a função legislativa e a função executiva passou a ter fundamentalmente como objetivo possibilitar que os órgãos que respectivamente as exercem tivessem a suficiente independência, derivada dessa separação,

² MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Européia do livro. 1962. vol. 1. p. 181.

³ MONTESQUIEU, op. cit., p. 91.

para poderem reciprocamente limitar, sem se pretender que apenas um legisle e ou outro somente execute.

Como se pode inferir, o princípio da separação de poderes teve por inspiração a tentativa de coibir abusos de pessoas ou de grupo de pessoas que compusessem os principais Órgãos estatais. Tal princípio serve, com as temperanças modernas, para refutar quaisquer interferências indevidas de uma função estatal em outra.

Conforme se viu linhas atrás, um dos alicerces das decisões do STF para se eximir da inconveniente, embora necessária, invasão do mérito do ato administrativo nas causas que julga é o de que não cabe ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para atribuir nota aos candidatos sob pena de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

Talvez por vislumbrar situações como essas, autores do porte de Oskar Kági⁴ tenham sido levados a afirmar que Montesquieu pertence ao rol dos autores mais citados e menos lidos.

Os antecedentes históricos dessa tibieza Jurisdicional parecem decorrer da reação neoliberal ao Estado-Providência, a qual se preocupava com estruturação de formas de auto-limitação da atuação do Estatal, reduzindo a atenção ao atendimento das funções sociais da população. Por isso a insistência no discurso da separação de poderes, no seu aspecto nitidamente constritor, pois como se sabe o Liberalismo pretendia, com a separação estanque de poderes, a *paralisia estatal*, tendo cada poder a função de frear os abusos dos outros, evitando movimentos tendentes a alterarem o equilíbrio da sociedade.

Pedimos vênia para transcrever breve trecho de Germana de Oliveira Moraes, que bem explica esta dinâmica:

A superação do Estado Liberal, como advento do Estado Social, alterou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, pois este passou a ter uma postura mais ativa, na feição do estado prestacional de serviços públicos, em contraprestação ao Estado absentista do liberalismo. A assunção pelo Estado de novos encargos passou a justificar o aumento da competência normativa e a ampliação da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei conferiu, *ipso facto*, maior grau de discricionariedade ou de liberdade de atuação.

O uso abusivo da ampliação da área de autonomia do Poder Executivo no Estado Social e o desrespeito aos direitos fundamentais ensejaram, de um lado, a necessidade de sujeitar os membros do

⁴ Kági, Oskar Werner. *Zur Entstehung, Waldlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, Zúrique: 1937. p. 45, *apud*. Ibidem. PIÇARRA. p. 90. p. 45.

Poder Legislativo à Constituição, e de outra parte, ocasionaram uma reação do Poder Judiciário contra os excessos e abusos dos administradores e dos feitos das leis⁵.

Com escora no raciocínio consagrado no STF, a correção de questões, bem como a elaboração das provas, excluíram-se dentro do que se convencionou chamar de objeto insindicável, constituindo-se em fosso intransponível pelo poder judiciário, mesmo que albergue iniquidades.

Entretanto, tal construção jamais poderia ser tida como uma inferência autorizada do princípio da separação de poderes, pois é inconcebível que possa servir de base para tolerância à subtração de direitos fundamentais, tendo em vista a clássica associação entre direitos fundamentais e separação de poderes, conforme estabelecida no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que diz: “direitos fundamentais e separação dos poderes são condições *sine qua non* para a existência de uma constituição”.

Explicando melhor, na dicção de Nuno Piçarra, o resguardo aos direitos fundamentais é a função principal da separação de poderes:

[...] controlar-se-ão reciprocamente, de modo a que nenhum possa, por si só, alterar ou subverter o quadro das competências em que se integram, o que constituiria o primeiro passo para a supressão ou, pelo menos, para a conversão dos direitos fundamentais em meras tolerâncias ou, ainda, ‘a separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do meras declarações de intenções’⁶.

3.2 O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina tradicional divide o controle dos atos administrativos em dois pólos estanques e mutuamente excludentes, consistindo o primeiro na verificação da legalidade; o segundo, no exame do mérito do ato. Naquele a atuação judicial se faz de forma ampla no sentido de perquerir compatibilidades com princípios ou regras legais e constitucionais. Neste, rechaça-se a apreciação judicial como um dogma. Esta última posição, diga-se, vem perdendo sustentação por força de novos argumentos no sentido de considerar irrazoável a distinção ontológica concebida entre o controle da legalidade e o do mérito,

5 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 21-22.

6 MORAES, op. cit., p. 191-196.

pois a aferição da correção do ato administrativo à luz dos princípios constitucionais, apesar de reduzir a esfera do mérito, não é capaz de eliminá-lo no que diz respeito aos seus elementos técnicos⁷.

O estudo dos antecedentes históricos deste *objeto insindiciável* ou mérito administrativo serve para demonstrar que o limite da intervenção judicial encontrar-se adstrito às hipóteses de lesão aos direitos fundamentais⁸, sendo que, a mera ameaça aos tais direitos, igualmente autoriza a interferência de um Poder sobre a atividade do outro.

Parece plausível localizar o gérmen da doutrina da discricionariedade e do mérito administrativo no pensamento de Georg Jellinek quando defende a legitimidade de atos políticos como uma zona fora do alcance da atividade jurídica, pois, no seu entender: “o Estado com um governo que agisse apenas segundo leis prévias seria um absurdo político”⁹.

Assim, a função política extrapolava o esquema da tripartição jurídico-funcional da separação dos poderes devendo-se considerá-la como uma função juridicamente livre. Como consequência, ficava fora do âmbito da análise jurídica e da teoria (jurídica) do Estado, caracterizando-se por ser uma função juridicamente livre, incondicionada e autônoma, de orientação e de direção da sociedade política em geral, responsável pela determinação do interesse público, pela interpretação dos fins do Estado, pela fixação das suas tarefas e pela escolha dos meios materiais, técnicos e organizatórios adequados para realizá-las e, ainda, pela manutenção e pelo desenvolvimento da ordem jurídica estatal¹⁰.

Atualizando esse pensamento, temos que a essência da discricionariedade moderna reside na liberdade do governante para escolher – mediante a ponderação comparativa de interesses, sempre

7 MORAES, op. cit. p. 104: “Tradicionalmente, o controle dos atos administrativos biparte-se em pólos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e mérito, excluindo-se da apreciação do Juiz o reexame do mérito do ato administrativo, reservado, de modo geral à própria Administração. [...] Hoje em dia, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros de aferição da correção do ato administrativo, além da legalidade estrita, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem extrajurídicas permanecem imunes à revisão judicial”.

8 MORAES, Germana. Op. cit., p. 196 e 191: “O que se pretende, no Estado de Direito, é evitar que as condutas dos agentes públicos, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, causem lesão ou ameaça a direito. Nesta hipótese, sim, autoriza-se a interferência de um poder sobre a atuação do outro. Como afirma Castro Nunes ‘a discricção cessa onde começa o direito individual, posto em equação legal’”.

9 JELLINEK, op. cit., p. 177.

10 *Apud*. PIÇARRA, Nuno. p. 251; cfr. MAYER, Otto. op. cit. p. 4.

subsumíveis à Constituição –, com o desiderato de realizar o interesse público geral, o complemento da norma aberta, dentro do poder de decisão e atuação que é conferido ao Executivo por meio da lei e nos limites que autoriza.

Antes de seguir a diante, torna-se imprescindível o correto entendimento dos conceitos de mérito administrativo e discricionariedade para, somente após, poder-se investigar suas correlações com os princípios da legalidade, da inafastabilidade da jurisdição, publicidade e razoabilidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles o mérito do ato administrativo pode ser assim definido:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária’¹¹.

Portanto, considera-se mérito administrativo a valoração da conveniência e oportunidade relativas ao objeto e ao motivo do ato, presente apenas no ato discricionário, no qual a lei permite, como visto antes, ao agente público proceder a uma ponderação de condutas (motivo e objeto).

Diogo Figueiredo Moreira Neto acrescenta que o mérito do ato pressupõe o uso correto da discricionariedade, consistente na regular integração administrativa e, em havendo extrapolação dos limites da legalidade, o mérito desaparece, pois, o ato deixa de ser discricionário transmutando-se em arbitrário.¹²

Neste particular, adota-se posição de encontro à de Germana Moraes¹³ no sentido de considerar a discricionariedade administrativa

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

12 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 132.

13 *Ibid.*, p. 42-43: “O mérito do ato administrativo costuma ser relacionado, por força da influência da doutrina italiana, com as regras de boa administração e apresenta-se como “a valoração do fato, resumida ao binômio oportunidade-conveniência”, isto é, como “a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos”, traduzível em juízos de valor de oportunidade de conveniência, “que compreendem os aspectos nem sempre de fácil percepção atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo”. [§] O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por

como regra de boa administração e como atividade de ponderação dos conceitos de conveniência e oportunidade; enquanto o mérito seria o produto do juízo de valor realizado com base na discricionariedade ou resultado do exercício desta.

3.3 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Como dito alhures, a lei não tem como especificar todas as condutas possíveis de serem adotadas pelo administrador diante de um caso concreto, daí a necessidade de atos discricionários. Entretanto, o Estado Democrático de Direito deixa claro que a partir do instante em que a opção feita pelo administrador se exteriorizar, ela passará a carecer, inevitavelmente, de adequação com a constituição¹⁴.

É importante apenas destacar neste tópico, parafraseando Diogo Figueiredo, o conceito de discricionariedade como um resquício *diferido* de *legalidade*¹⁵, necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, possuindo um interesse público específico. O motivo da substituição do termo *legitimidade* (presente na versão original) por *legalidade* consiste em dar ênfase à integração homogênea do ato, no sentido de destacar que a discricionariedade é uma pequena parte de um sistema de legalidade maior que foi diferida para completar-se-á no futuro e, por isso, ambas têm substância idêntica. Em consequência, os motivos do ato discricionário não podem dela (legalidade) se afastar sob pena de desnaturação.

4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Após vista a diferenciação entre discricionariedade e mérito, convém verificar como se aplicam os princípios constitucionais relativos ao tema do controle jurisdicional dos atos administrativos.

ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, que de fiscalização pelo Poder Judiciário”.

14 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 205: “Em outras palavras, o regimento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.

15 *Apud.* MORAES, Germana. p. 52: “[...] resquício de *legitimidade* necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, diretamente referido a um interesse público específico”.

4.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Nesta oportunidade, merece atenção o princípio da legalidade tendo em vista tratar-se da mais importante baliza para a efetivação do controle judicial dos atos administrativos¹⁶, utilizado com fim de garantir os direitos fundamentais e individuais, primando para que os atos administrativos, não só, obedeçam às leis, como também, quaisquer que sejam, submetam-se à constituição e a seus princípios.

A relevância do princípio da legalidade impõe a afirmação do controle jurisdicional dos atos administrativos, o que leva ao ponto de alguns autores, dentre eles Celso Antonio Bandeira de Mello, a considerar o controle jurisdicional dos atos administrativos um princípio impostergável à idéia de Estado de Direito, pois de nada valeria a sujeição da administração à constituição e às leis se não fosse possível a atuação de um órgão independente e imparcial para aferir sua necessária correspondência¹⁷.

Saliente-se que, hodiernamente, é inegável a força normativa dos princípios constitucionais, quer implícitos quer explícitos, no cumprimento de três funções relevantíssimas dentro do ordenamento, conforme preceitua Paulo Bonavides¹⁸: a) fundamentar a ordem

16 Para Maria Sylvania Di Pietro o controle dos atos da Administração é indissociável da baliza da legalidade, no sentido de garantir os direitos fundamentais. Ob. cit. p. 67: “Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”.

17 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p.76: “Trata-se, é bem de ver, de exigência impostergável à idéia de Estado de Direito. Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da administração à constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis”.

18 Os princípios que informam a Administração pública, devem ser considerados, não como fonte subsidiária do direito, mas na verdade, como fonte primária de normatividade. Segundo Paulo Bonavides, os princípios preenchem três funções. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 1994. p. 254 e 255: “Preenchem eles três funções de extrema importância, reconhecidas precursoramente pelo jurista espanhol F. de Castro, que, ‘antecipando-se genialmente à Dogmática alemã’, conforme assinalou Valdés, assim as compendiu: a função de ser ‘fundamento da ordem jurídica’, com ‘eficácia derogatória e diretiva’, sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de ‘fonte em caso de insuficiência da lei e do costume’, sendo a Segunda e a terceira as mais antigas e tradicionais, sobretudo a última, que em grande parte remonta àquela época em que ainda preponderava, segundo palavras de Norberto Bobbio, o entendimento – naturalmente equivocado – de que os princípios não são normas nem, tampouco, redutíveis a normas, e ‘portanto uma entidade qualitativamente diversas das normas (gerais e especiais)’”.

jurídica, com eficácia derogatória e diretiva; b) orientação do trabalho interpretativo; e c) fonte do Direito nos casos de insuficiência da lei e do costume.

Retornando ao princípio da legalidade, pode-se dizer que este possui duas acepções contratantes, que assumem características específicas de acordo com a qualidade do destinatário da norma. A primeira, denomina-se subprincípio da estrita legalidade: significa que a administração somente poderá fazer algo que esteja devidamente autorizada por permissivo legal, ou seja, só faz o que a lei manda, conforme o que dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição. Encontra-se adstrito à manutenção e exercício das garantias da liberdade individuais, ou como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme, foi visto, informa o caráter da relação e administração. No Brasil, o art. 5º, inciso II, da Constituição dispõe: 'Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei'¹⁹.

A segunda nuance é o subprincípio da legalidade *stricto sensu* enunciado no inciso II do art. 5º da Constituição, significando que ao particular é livre fazer tudo que a lei não proíba, estando umbilicalmente ligando aos princípios da impessoalidade e isonomia. Cite-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, *verbis*:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de toas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral²⁰.

No caso em tela, tomando em conta o princípio da legalidade, que serve à função administrativa, na qual o agente é um executor do

19 Ibid., p. 66.

20 Ibid. p.71.

direito, temos que os atos administrativos devem obedecer às normas legais e constitucionais – dentre as quais, inclusive, o direito à ampla defesa, materializado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal – sob pena de declaração de nulidade e correção do ato administrativo por parte do Poder Judiciário.

4.2 PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio da inafastabilidade da jurisdição assumiu gigantesca proporção após a Segunda Guerra Mundial e galgou a estatura de Direito Fundamental em várias constituições europeias. No Brasil, o princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra-se descrito no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, em que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Com apoio em Nelson Nery Júnior identifica-se que, embora o destinatário principal da norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o parlamento nem ninguém impedir o jurisdicionado de recorrer ao Poder Judiciário para deduzir sua pretensão com fito de obter pronunciamento favorável a si, mesmo que seja contra o próprio Estado²¹.

A certeza dos cidadãos de que o Estado-juiz não se furtará, à sua conveniência, a examinar os conflitos particulares postos a pronunciamento garante estabilidade e segurança à sociedade, cabendo ressaltar que um dos fundamentos históricos do princípio da inafastabilidade da jurisdição consiste exatamente na contrapartida estatal à vedação à realização da Justiça de forma privada ou pelas próprias mãos²².

Para Germana de Oliveira Moraes²³ a importância do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional consiste justamente em servir de fundamento para o controle judicial dos atos administrativos, viabilizado

21 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 93.

22 TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *A sentença no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr. 1996. p. 36-37: “O princípio da inafastabilidade da jurisdição possui profundas raízes históricas e representa uma espécie de contrapartida estatal ao veto à realização, pelos indivíduos, de justiça por mãos próprias (exercício arbitrário das próprias razões, na peculiar dicção do Código Penal – art. 345); mais do que isso, ela é uma pilastra de sustentação do Estado de Direito”.

23 Ibid. p. 101: “O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle”.

com sua associação ao princípio da publicidade, entendido, no caso, como a obrigatoriedade de fundamentação das decisões administrativas.

O controle dos atos administrativos realizado por meio da atuação judicial também é, de certa maneira, decorrência do princípio da legalidade, pois ele oferece parâmetros de atuação para o administrador, autorizando o judiciário extirpar condutas que excedam os contornos legais.

Realmente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição garante ao cidadão a faculdade de submeter ao judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos, não havendo como impedir a apreciação judicial de um ato emanado do Poder Executivo, não podendo, nem mesmo o Poder Legislativo, subtrair essa atuação.

Admite-se a intromissão do Poder Judiciário no âmbito das atribuições administrativas mesmo que o exame do ato comporte análise técnica complexa, pois, nestes casos, o juiz sempre pode se servir de auxiliares como os peritos. O princípio da separação de poderes também serve para reforçar essa idéia, pois como se viu, este busca evitar o aviltamento dos direitos fundamentais por parte do Estado.

4.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é tida modernamente como uma exigência para a manutenção do Estado de Democrático de Direito, pois, uma vez que as decisões da Administração Pública têm o poder de influenciar a vida de todos os cidadãos, devem, portanto, sujeitarem-se à possibilidade de inspeção pública de suas razões e fundamentos, sob pena de enfraquecimento da eficácia social²⁴.

No caso sob exame, o princípio da publicidade surge como a necessidade de fundamentação e de publicização, ativa e passiva, dos atos administrativos de forma a possibilitar impugnação dos eventuais vícios.

Na hipótese, o dever de extensão do princípio da publicidade vai além da necessidade de publicação do resultado dos certames, exigindo-se a publicidade de todos os atos, para favorecer o controle de compatibilidade do ato com outros princípios que regem a administração pública. Em muitos casos, a Administração, ao indeferir o acesso às razões de julgamento dos recursos administrativos, procura impedir o controle da legalidade das decisões proferidas, bem como o direito de defesa dos candidatos concorrentes, restringindo ilegitimamente

²⁴ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p.16.

a transparência dos atos administrativos em franca desobediência à constituição.

4.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE

Convém tratar, nesta oportunidade, do princípio da proporcionalidade, uma vez que a solução pretendida para o caso apresentado deve atender ao que se convencionou chamar de tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade²⁵, da qual são requisitos: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Com muita propriedade, Willis Santiago Guerra Filho²⁶, compendia dizendo que uma medida é adequada se atinge ao fim almejado; exigível, por causar menor prejuízo e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Com a aplicação do princípio da razoabilidade, pode-se examinar se o ato praticado no exercício do poder revela-se adequado, exigível ou se há desproporção entre os benefícios objetivados e a lesão a outro direito. Verificada a ocorrência da prática de excessos, o ato reveste-se de inconstitucionalidade e assim há de ser expungido, porque, no dizer de G. Jellinek, “não se abatem pardais com canhões!”.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade é de obediência obrigatória pela Banca de concurso no sentido de que as questões que formular devem guardar proporcionalidade com o grau de dificuldade da seleção de candidatos que se pretendam admitir no serviço público, bem como, que a correção das provas deve ser permeada de razoabilidade, pois, por exemplo, seria irrazoável exigir-se de um candidato a concurso para cargo jurídico que respondesse uma questão conforme doutrina contemplada, exclusivamente, em obra alemã não

25 BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 219-20: “a doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão”.

26 BARROSO, op. cit.

traduzida, rechaçando, a correção da Banca, a literatura nacional sobre temas correlatos.

Veja-se que, no exemplo dado, a independência (mérito ou liberdade de cátedra) da Banca resta plenamente preservada, pois, o Poder Judiciário jamais poderá interferir na elaboração das questões para dizer que determinado conteúdo não pode ser exigido; entretanto, poderá (deverá) tutelar o direito dos candidatos a uma correção que atenda ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, em que, a Banca, obrigatoriamente, analise e fundamente a nota atribuída a todos os candidatos.

Germana Moraes, em trecho exemplificativo, corrobora com o entendimento de que o Poder Judiciário, servindo-se da manifestação de especialistas ou peritos técnicos, poderá aplicar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para evitar prejuízo aos direitos fundamentais e individuais dos candidatos e vedar abusos dos examinadores, veja-se:

A insindicabilidade judicial da substância dos critérios, em si, de correção dos exames e da justeza das notas atribuídas, não exclui a verificação pelo Poder Judiciário da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além dos vícios de ilegalidade, como, por exemplo, quando a questão formulada na prova se afasta do conteúdo das matérias relacionadas no Regulamento do Concurso, é possível a existência de vícios de inconstitucionalidade, questionáveis em Juízo, v. g., a desatenção ao princípio da publicidade, a falta de fundamentos do ato de correção; o desacato ao princípio da igualdade, por causa da utilização, no caso concreto, de critérios diferenciados de correção para os candidatos; a preterição do princípio da razoabilidade, evidenciado pela desconsideração das respostas dos exames que deveriam ter sido levadas em conta; ou do princípio da proporcionalidade, em virtude de atribuição de nota zero, quando à evidência, a resposta, de acordo com as normas pedagógicas, seria merecedora de maior pontuação.

Tome-se o exemplo do estudante universitário que, irresignado com a atribuição de pontuação zero a quesito formulado em prova de Direito, sobre assunto doutrinário controvertido, cuja resposta oferecida dissentia da opinião pessoal do professor examinador, recorreu ao Poder Judiciário, postulando o reexame do ato de correção de sua prova, anexando ao pedido pareceres de especialistas na matéria a sustentar o acerto de sua resposta. Neste caso, comprovando-se a sustentabilidade ou plausibilidade da

solução dada ao problema, o examinador não poderá simplesmente desconsiderar por completo a resposta dada, sob pena de cometer grave atropelo à lógica e ao bom senso, malferindo o axioma da razoabilidade, além de ser-lhe vedado impor o julgamento mais severo possível, em desfavor do examinando, sob pena de contrariar o princípio da proporcionalidade²⁷.

As hipóteses apresentadas se amoldam ao voto do Min. Celso de Mello, que se posiciona pela amplitude de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário e pela possibilidade de corrigi-los quando nestes houver distorções, senão vejamos:

A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o Poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos currículos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito constitucional, a interdição de seu exercício abusivo²⁸.

Solidifica a questão, da sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no RE nº 125.556-PR, tendo como Relator o Min. Carlos Veloso, *in verbis*:

Entendo que é de todo incompatível com o Estado de Direito, com o princípio constitucional da igualdade e com a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário esta prática administrativa, tenha ele por, ou não, uma lei autorizadora: ela é, na verdade, um manto protetor à delação anônima e ao desvio de poder, que envolve obstáculo desarrazoado à regulamentação legal do direito de acesso aos cargos públicos, corolário do princípio geral da isonomia, como mostrou irrepreensivelmente o voto do eminente relator. Frustra,

27 BARROSO, op. cit., p. 170-172.

28 RTJ 131-3/1.101.

ademais, a garantia constitucional da apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais violações de direito. Como hoje já é cediço, essa garantia não cessa com a eventual discricionariedade do juízo recomendado à Administração, porque o Judiciário pode, ainda no controle dos atos decorrentes da competência discricionária entender ou perquerir da existência de abuso ou desvio de poder²⁹.

Germana de Oliveira Moraes, comentando a exegese do STF, que autoriza o exame judicial da constitucionalidade do procedimento de correção de provas, inclusive subjetivas, se filia à possibilidade de fiscalização dos vícios de inconstitucionalidade pelo Judiciário sem comprometimento do princípio da igualdade:

A exegese do Supremo Tribunal Federal acerca da extensão do princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Lei Maior), com respeito ao chamado “direito de exames” autoriza a concluir pela possibilidade jurídica do exame judicial da constitucionalidade do procedimento de correção de provas, inclusive daquelas subjetivas. [...]

Paulatinamente, O Supremo Tribunal Federal vem identificando em vários julgamentos relacionados à revisão das avaliações de provas, sobretudo daquelas aplicadas em processos seletivos de recrutamento de servidores públicos, vícios de inconstitucionalidade, cuja fiscalização judicial se faz sem o comprometimento do princípio da igualdade”³⁰.

É necessário aclarar, contudo, a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, em alguns acórdãos, entende pela impossibilidade da substituição da Banca pelo juiz, com o seguinte exemplo: Imagine-se que um determinado magistrado tenha que julgar uma demanda que verse sobre erro médico. Imagine-se, ainda, que o mesmo magistrado também possua graduação em medicina. Pergunta-se: será que o magistrado poderá utilizar-se de seu conhecimento particular em medicina para julgar a causa, dispensando perícia técnica realizada por outro médico para averiguar se o procedimento realizado estava ou não correto? A resposta é claramente negativa.

Ora, observe-se que a resolução da causa não versa sobre máximas de experiências, fatos notórios ou conhecimentos comuns, que podem ser conhecidos ‘*ex officio*’ pelo magistrado; pelo contrário,

29 RD 190/152

30 Ibid. p. 170-172.

o mérito da demanda deve – necessariamente – transpor uma área de conhecimento altamente especializada. Assim, se o magistrado utilizar seu conhecimento privado em medicina para solucionar a causa, estará ele atuando como auxiliar do Juízo – perito –, ou mesmo como testemunha de uma das partes, despidendo-se, necessariamente, de sua imparcialidade para atuar como um Juiz inquisidor, vetusta figura abolida com a Constituição Cidadã, que investiga e faz a prova de per si. Usando as palavras de Nelson Palaia:

o fato conhecível não pode ser considerado fato notório, pois se o juiz procurar dele tomar conhecimento, será a verdade do próprio fato que ele irá descobrir e não sua notoriedade. Descobrimo a verdade por si, ele estará sendo testemunha da verdade, usando, assim, de seu conhecimento privado.³¹.

É justamente essa hipótese – do Juiz substituir a banca e atribuir outra nota ao candidato – que a Jurisprudência remansosa dos nossos Tribunais Superiores procura evitar. Não se trata aqui apenas de preservação do mérito do ato administrativo, como equivocadamente se tem defendido.

Veja-se: o que se veda é que o Magistrado utilize seu *conhecimento privado*, mesmo que jurídico, para analisar as respostas dos candidatos e realizar nova correção, fazendo as vezes, ele magistrado, de examinador de Banca de Concurso. A diferença de situações exige bastante perspicácia do Julgador.

Na verdade, a atribuição de notas aos candidatos pelo poder judiciário depois da utilização do conhecimento técnico privado do magistrado, afeta o princípio da Imparcialidade do Juiz, o qual reza que o magistrado deverá manter-se equidistante da lide para preservar sua imparcialidade para decidir e, jamais, o princípio da separação de poderes conforme pacificado na jurisprudência.

A imparcialidade do julgador é pressuposto para a própria jurisdição, não havendo que se cogitar da existência de sentença sem um Poder Judiciário imparcial.

Importante perceber que o provimento judicial, para atingir sua efetividade, em casos análogos, utilizará uma técnica composta de duas fases: uma *negativa* e outra *positiva*. A fase negativa consiste em, no campo fático, investigar se o ato administrativo de correção da prova está eivado de algum vício de ilegalidade ou de inconstitucionalidade e, uma vez detectado qualquer das anomalias, *anular o ato* para que deixe de existir e produzir efeitos.

31 PALAIA, Nelson. *O fato notório*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 109.

Não devemos deslembrar que a natureza jurídica do concurso público é a de processo administrativo³², submetendo-se, por isso mesmo, aos mesmos princípios e regras que informam o processo administrativo federal, mesmo que de forma subsidiária.

Num segundo passo, atuando agora positivamente, o Juiz deverá, para garantir a efetividade do provimento judicial – lembremos que o processo é sempre teleológico e a sua razão de ser é a composição da lide de modo a possibilitar sua solução no plano fenomenológico, pois de nada adiantaria anular o ato e deixar um “*vácuo*” no plano fático – agir positivamente e *substituir o ato impugnado* pelo resultado apurado em perícia técnica.

No caso posto a exame, o mérito do ato administrativo restaria incólume, pois consiste justamente na possibilidade de a Banca de Concurso eleger um conteúdo de determinado assunto, bem como utilizá-lo como critério de aferição do conhecimento do candidato.

Por isso, com as devidas vênias, entendemos que as questões dúbias ou insolúveis aplicadas pelas Bancas Examinadoras não devem ser anuladas pelo Poder Judiciário, pois não há como influir na sua elaboração, sendo atribuição dos Examinadores. Entretanto, cabe ao Estado tutelar a necessária relação de legalidade e de isonomia, na qual cada candidato deverá ser efetivamente avaliado pelo que escreveu com a utilização dos mesmos critérios. Ou seja, a Banca possui o direito de cátedra de formular as questões como bem entender, mas deverá estar pronta para avaliar as respostas dos candidatos de forma ampla, sem fidelização de uma doutrina única.

Resumindo, sob o aspecto da aplicação do princípio da publicidade, a ausência de apresentação, por parte da Banca, de razões de indeferimento de recursos administrativos, bem como, de fundamentação na análise das respostas dos candidatos, fere mortalmente a norma descrita no inciso X do art. 93 da Constituição, a qual determina a explicitação da motivação dos atos administrativos, inclusive discricionários. Neste caso, a falta de publicidade equivale à ausência de motivação, sendo passível de caracterização do veto imotivado à participação de candidato em concurso público (súmula nº 684 do STF).

Quanto à aplicação do princípio da razoabilidade, não se admite como razoável a recusa de análise de resposta apresentada conforme doutrina vigente, embora esposando posição controversa, se não houver uma bibliografia determinada pelo edital.

32 Lei nº 9.784/99: “Art. 2º: Administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Por fim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante ao cidadão a possibilidade de submeter ao judiciário qualquer lesão ou ameaça aos seus direitos, não admite se cogitar da afronta à separação de poderes, pela intromissão do Poder Judiciário no âmbito de atribuições administrativas, porque a separação de poderes tem como escopo justamente evitar o aviltamento dos Direitos Fundamentais por parte do Estado.

5 CONCLUSÕES

Em conclusão, entendemos afirmativamente ao primeiro questionamento, no sentido de que é possível ao candidato socorrer-se do Poder Judiciário para ver sua pretensão de correção de prova atendida, desde que se confirme a existência de vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade que maculem direitos fundamentais ou individuais.

Respondendo ao segundo questionamento, verificada a ocorrência de vícios insanáveis o ato administrativo deve ser anulado para se fazer cessar os efeitos danosos (fase negativa da sentença) e, logo a seguir, deverá o juiz, caso necessário, utilizar perícia técnica se o exame da questão não versar sobre máximas de experiência, fatos notórios e conhecimentos comuns, para aferição do grau de aproveitamento das respostas em relação ao que foi solicitado pela Banca, evitando, assim, o emprego do conhecimento técnico privado do magistrado (manutenção da imparcialidade). Ultrapassados esses passos, o Poder Judiciário poderá, sem malferimento de qualquer princípio constitucional, substituir o ato da Banca examinadora para atribuir a nota apurada na perícia judicial ao candidato, restabelecendo seus direitos fundamentais e individuais (fase positiva da sentença).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. São Paulo: Malheiros. 1994.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. vol. 1. São Paulo: Difusão Européia do livro. 1962.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

PALAIA, Nelson. *O fato notório*. São Paulo: Saraiva. 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação de poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *A sentença no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr. 1996.