

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
CURSO CEJAS

CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DE PROVAS NOS
CONCURSOS PÚBLICOS

João Daniel Santos Dantas Martins

Salvador

2015

João Daniel Santos Dantas Martins

CONTROLE JURISDICIONAL DA CORREÇÃO DE PROVAS NOS
CONCURSOS PÚBLICOS

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista perante a Universidade Cândido Mendes, em convênio com o Curso Cejas, no Curso de Pós-Graduação.

Orientador: Hugo Schayer Sabino

Salvador, BA

2015

*Ao amigo DERALDO VALOIS (in
memoriam) e ao mestre JOSÉ ARAS,
pessoas iluminadas sem as quais esta
realização não seria possível.*

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia intitulada “O Controle Jurisdicional da Correção de Provas nos Concursos Públicos”, apresentada pelo aluno João Daniel Santos Dantas Martins, para obtenção do título de especialista, perante a Universidade Cândido Mendes e o Curso Cejas.

Salvador, ____ de _____ de 2015.

Nota: _____

Avaliador: _____

RESUMO

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem como meio idôneo de seleção de servidores públicos, o concurso público de provas ou de provas e títulos. Ocorre que, as banca examinadoras, na prática de suas atribuições, cometem, eventualmente, atos arbitrários em desfavor dos candidatos. Irresignados, tais candidatos, a fim de terem seus direitos resguardados, recorrem ao Poder Judiciário, que, por sua vez, tem entendido, majoritariamente, que ao Estado-juiz não cabe imiscuir-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública. O presente estudo pretende demonstrar que o controle jurisdicional da correção de provas dos concursos públicos no ordenamento jurídico pátrio é possível e devido, ao tempo em que analisa a extensão desse controle.

Palavras-chaves: Concurso Público – Provas – Discricionariedade administrativa – Correção – Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

In Brazil, the ideal tool for selecting civil servants is the public entrance examination. Is that the banking examiners commit eventually arbitrary acts to the detriment of candidates. Unsatisfied, such candidates, in order to have their rights safeguarded, recourse to the courts, which in turn understand mostly, the judge-state cannot interfere under the discretionary power of public administration. This study aims to demonstrate that the judicial review is possible and due, the time in which analyzes the extent of it.

Keywords: public entrance examination – discretionary power – correction – judicial review.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. CONCURSO PÚBLICO: HISTÓRICO, CONCEITO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS..	09
2.1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DO CONCURSO PÚBLICO..	09
2.2. CONCEITO	12
2.3. NATUREZA JURÍDICA.....	14
2.4. EXIGIBILIDADE	15
2.5. O EDITAL.....	16
2.6. A BANCA EXAMINADORA	18
2.7. PROVAS OBJETIVAS E PROVAS ESCRITAS.....	19
3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	20
4. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	23
5. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
6. DISCRICIONARIEDADE NA CORREÇÃO DA PROVA DE CONCURSOS PÚBLICOS	28
7. O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NA CORREÇÃO DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS	30
8. CONCLUSÃO.....	35
9. REFERÊNCIAS.....	37

1 – INTRODUÇÃO

A expectativa de estabilidade e boa remuneração sempre fora seu grande atrativo, mas em tempos de recessão econômica e desemprego, aumenta entre os brasileiros o desejo de ocupar uma vaga no serviço público efetivo.

As vagas nesse nicho, entretanto, são deveras limitadas, tornando a concorrência muito acirrada, de forma que os candidatos tenham que se preparar muito para serem considerados aptos ao ingresso no serviço público.

Via de regra, o meio idôneo para alcançar esse objetivo é o concurso público, que, em linhas gerais, é um instrumento administrativo de recrutamento de servidores públicos, em que se afere atributos pessoais/profissionais para selecionar os melhores candidatos ao provimento dos cargos e empregos, de acordo com o interesse público.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 37, inciso II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Vale dizer, a promoção de um concurso público, implica, sempre, na realização de provas para avaliação das aptidões do candidato.

Ocorre que, a elaboração e correção das provas pelas bancas examinadoras, quando extrapolam os limites da discricionariedade administrativa, causam muitos problemas aos candidatos, que, por sua vez, se veem obrigados a recorrer à via judicial para terem seus direitos salvaguardados.

Com efeito, apesar da previsão constitucional contida no artigo 37, inciso II, as normas infraconstitucionais são insuficientes para regular o instituto, de modo que falta ao Poder Judiciário substratos legais para fundamentar decisões, o que acaba por comprometer seus julgamentos.

Tal tema tem, pois, muita importância prática. Considerando que tanto a disputa aguerrida por vagas escassas entre os candidatos, quanto a relação entre esses e o Poder Público são passíveis de gerar conflitos – eventualmente resolúveis contenciosamente – o Poder Judiciário não pode se furtar de enfrentar tais questões,

sob o pernicioso argumento de que não tem o condão de imiscuir-se no âmbito de uma ilimitada discricionariedade administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello¹, vergastando incisivamente tal concepção de discricionariedade, nos ensina:

Visto que não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro –, cumpre pontos que demarcam a sua extensão.

Ademais, não se pode olvidar o relevante interesse público do assunto, uma vez que estamos aqui a tratar do instrumento de seleção daqueles que vão prestar os serviços públicos à sociedade.

Destarte, o presente estudo tem como objetivo apresentar algumas considerações sobre a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos nas provas de concurso público, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, da legislação infraconstitucional e da doutrina especializada.

2 – CONCURSO PÚBLICO: HISTÓRICO, CONCEITO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de adentrarmos ao cerne do presente trabalho, faz-se necessário contextualizar o instituto em apreço, bem como analisar, mesmo que perfunctoriamente, outros elementos são a ele correlatos, e que servirão de parâmetros futuramente.

2.1 – BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DO CONCURSO PÚBLICO

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. 28ª ed. p. 981.

Afora lucubrações do âmbito da Teoria Geral do Estado acerca da origem e da essência do seu objeto de estudo, o certo é que o Estado Moderno surgiu com o fito de buscar o bem comum, em vista dos inúmeros conflitos de interesses emergentes numa sociedade com alguma organização.

Assim, Dalmo de Abreu Dallari², definindo os elementos que o compõem, conceitua sinteticamente o Estado como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

Contudo, para atingir os seus objetivos, essa entidade exerce suas funções por intermédio de seres humanos componentes do seu povo, conforme preceitua Agapito Machado Júnior³:

Por conseguinte, o Estado, enquanto criação jurídica necessita de um corpo físico para atuar sua vontade, momento em que o próprio povo passa a investir-se do *múnus* público. Surgem os agentes públicos, ou seja, as pessoas que são investidas na vontade estatal, passando assim a deter certas prerrogativas e atribuições necessárias ao melhor cumprimento do desiderato estatal: o bem comum.

Esses indivíduos são de suma importância para a manutenção e desenvolvimento do Estado, uma vez que é através deles que os desígnios estatais irão se concretizar.

Nessa toada, em razão da extrema relevância dos administradores públicos para o alcance das finalidades do Estado, ao longo do tempo foram definidas diversas formas de seleção de pessoas aptas a exercerem os cargos e empregos públicos.

Cretella Júnior⁴, em seu *Curso de direito administrativo*, arrola e define o (i) sorteio, (ii) a compra e venda, (iii) a herança, (iv) o arrendamento, (v) a livre nomeação absoluta, (vi) a livre nomeação relativa e (vii) a eleição como sistemas que evoluíram até chegarmos ao concurso público da forma que o conhecemos.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

³ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 4.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 506.

Com efeito, esse método de seleção se revelou como o mais adequado a partir do advento do Estado de Direito, no qual a Administração Pública passou a experimentar limitações das normas jurídicas, submetendo-se aos mandamentos legais, inclusive quando da arregimentação de seus servidores.

É que, até então, durante o período de Estado Absolutista, todo o poder se concentrava no monarca, que escolhia os agentes estatais de acordo com a sua própria conveniência.

Os estudos históricos de Raquel Dias da Silveira⁵ demonstram, contudo, que a origem do instituto em apreço remonta a tempos muito anteriores ao surgimento do Estado Moderno, surgindo na China, durante a dinastia Tang (618-907 d. C), e promovendo o Estado Chinês à sua “Idade de Ouro”, dado a eficiência propiciada pela utilização dos concursos.

Segundo a aludida autora, no Ocidente, por sua vez, somente no século XVIII, em decorrência do movimento constitucionalista, cuja maior referência foi a Constituição dos Estados Unidos da América, uma burocracia profissional foi formada através de recrutamento por concurso público.

Por tudo o quanto exposto, o concurso público consubstanciou, historicamente, um meio mais legítimo para a ocupação de cargo e empregos públicos, conforme bem nos ensina Raoni Gonçalves de Carvalho⁶:

À vista, pois, de suas particularidades, a referida técnica é a que melhor contempla o serviço público e em razão disto tem se generalizado como processo de angariação de servidores públicos ao Estado. É que tal instrumento viabiliza a contratação, de maneira impessoal e sem favoritismo, ou intuito meramente lucrativo, dos indivíduos mais capacitados para o exercício dos misteres estatais. O concurso público é o único método seletivo que se coaduna com critérios de jaez científico, ao passo que é o menos sujeito aos inconvenientes que maculam os demais, como, por exemplo, a aleatoriedade do sorteio, a comercialidade da compra e venda e o arrendamento de cargos públicos e a discricionariedade da livre nomeação.

⁵ SILVEIRA, Raquel Dias da. **O acesso funcional dos servidores públicos e a Constituição de 1988: parâmetros para compatibilização.** Disponível em <<http://revista.unibrasil.com.br/index.php/retdu/article/view/130/150>>. Acesso em out. 2014.

⁶ CARVALHO, Raoni Gonçalves de. **O controle judicial da discricionariedade técnica nas provas de concursos no Brasil.** Disponível em <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1802/1836>>. Acesso em mar. 2014.

Na história constitucional brasileira, a previsão de requisitos para acesso a cargos públicos existe desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Porém, foi a Carta Magna de 1934 que mencionou expressamente, pela primeira vez, o concurso de provas, nos seguintes termos:

Art 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de **concurso de provas**, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

As Constituições de 1937 e 1946 trouxeram, respectivamente, as previsões de possibilidade de exames de títulos e o requisito de precedência de exame médico.

A seu turno, a Carta Magna de 1967, consagrou a expressão “concurso público”, ao preceituar:

Art. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em **concurso público** de provas ou de provas e títulos.

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, com suas alterações posteriores, enquanto instrumento maior de instituição do Estado Social Democrático no nosso país, e com o objetivo de dar efetividade aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade e eficiência, veio a consolidar, oportunamente, a figura do concurso público.

2.2 – CONCEITO

Segundo o *Vocabulário Jurídico*⁷, o termo concurso é oriundo do latim *concursum*, de *concurrere*, e aduz:

[...] possui, de um modo geral, sentido análogo a concorrência, pois que significa o ato ou fato de concorrer, em virtude do que mostra, em regra, a participação de várias pessoas a um ato, ou a afluência de coisas ou atos para composição de outra coisa, evidência de um fato, ou constituição de um ato.

Em realidade, *concurso*, tal qual concorrência, traz a ideia de *disputa* ou *rivalidade*, quando não significa mera conjunção de coisas ou pessoas, em que não se contém este sentido de oposição, mas o de combinação.

Concurso. Na técnica do Direito Administrativo e do Direito Civil. Embora não se prive o vocabulário de seu sentido originário, de afluência de disputantes á conquista de determinado prêmio ou promessa, **possui a função de designar o processo de seleção, posto em prática por uma pessoa ou pela autoridade pública a fim de escolher candidatos de um trabalho ou ao exercício de um cargo.** [Grifo nosso]

Motta e Silveira⁸, ao tratar do “concurso público em sentido amplo”, ou seja, toda e qualquer concorrência entre administrados, para obter um contrato com a Administração Pública, define:

Em sentido amplo, concurso público corresponde a processo administrativo que se impõe como condição para celebração de relação jurídica obrigacional com a Administração Pública. O concurso público, nessa acepção, guarda como objetivos, de um lado, a seleção pela Administração Pública do melhor contratante, o que se define consoante critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório, e, de outro, a igualdade entre todos os interessados no certame.

Na concepção de Adilson Abreu Dallari⁹, concurso público é:

[...] um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção pessoal, mediante a aferição de conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados.

⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 384.

⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. **Concurso Público**. In: FORTINI, Cristina. Servidor Público: estudos em homenagem ao Professo Pedro Paulo de Almeida Duarte. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305.

⁹DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 36.

Por sua vez, o professor José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ entende que:

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam barreiras opostas no procedimento, obedecidos sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Efetivamente, entendemos que o concurso público é o instrumento constitucional adequado e necessário ao provimento de cargos e empregos públicos, por meio do qual se afere os atributos pessoais/profissionais dos candidatos, horando-se sobretudo os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência, e tendo em vista sempre o interesse público.

2.3 – NATUREZA JURÍDICA

Discute-se, doutrinariamente, se o concurso público consubstancia processo ou procedimento. Como visto acima, alguns grande estudiosos definem o instituto como procedimento administrativo.

Insta rememorar que, adotava-se, algures, a figura do processo para a esfera judiciária e a do procedimento para a esfera administrativa.

Entretanto, hodiernamente, entende-se que processo é qualquer sequência de atos predefinidos na lei, com o fito de alcançar um resultado. Portanto, a noção de processo não se restringe à atividade jurisdicional, aplicando-se também à legislativa e à executiva.

Machado Júnior¹¹, em sua excelente obra acerca dos concursos públicos, elucida a distinção entre processo e procedimento da seguinte forma:

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 561.

¹¹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11.

Com o advento da ideia de devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), esse meio (representado por uma série qualquer de atos) deveria agora estar condicionado em lei, a fim de expressar racionalidade e segurança jurídica a quem participasse daquele fenômeno.

Outrossim, o procedimento, na verdade, seria a regulação normativa ou o condicionamento jurídico do processo, ou seja, a forma legal assumida pelo processo. O procedimento cuida de definir os requisitos do ato processual, o tempo de sua prática, a sequência dos atos, a depender da pretensão do interessado, os efeitos dos atos etc.

Destarte, o procedimento é um aspecto do processo que com ele não se confunde.

Nessa toada, e diante dos esclarecimentos acima consignados, corroboramos com a corrente majoritária, para quem o concurso público tem natureza de processo administrativo.

2.4 – EXIGIBILIDADE

A prévia aprovação em concurso público, como regra geral, é uma condição necessária para ocupar cargo ou emprego público, por força do artigo 37, II, da Constituição Federal.

A exigência de realização de concurso é uma cláusula tão importante no nosso ordenamento jurídico, que o constituinte fulminou de absoluta nulidade a sua não observância, ao preceituar “não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei” (art. 37, §2º).

Carvalho Filho¹² assevera que o alcance da aludida exigência deve ser o mais amplo possível, e conclui:

A regra abrange não só o provimento em cargos públicos, como também a contratação de servidores pelo regime trabalhista. O mandamento constitucional, aliás, faz referência à investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Por outro lado, o concurso deve ser exigido quer para a

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 563.

Administração Direta, quer para as pessoas da Administração Indireta, sejam as públicas, como as autarquias e fundações autárquicas, sejam as pessoas privadas, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas. No que toca ao regime estatutário, o requisito é também indispensável, como regra, para investidura em cargos vitalícios e efetivos.

Entretanto, vale frisar, a tal regra cabem algumas excepcionalidades, as quais mencionaremos sem pormenorizações: (i) entre os cargos vitalícios estão os membros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça dos Tribunais de Contas, e os advogados e membros do Ministério Público integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários; (ii) entre os cargos efetivos, inexistem concurso para o “ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial”, por força do artigo 53, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (iii) cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração, e; (iv) servidores temporários, para atender necessidade excepcional de interesse público.

2.5 – O EDITAL

Se o concurso público é um processo administrativo, logo vai ser composto de várias etapas. O ato administrativo inicial do concurso público é a publicação do edital, que irá divulgar e definir todas as regras do certame, desde a inscrição até a homologação do resultado.

Valendo-nos mais uma vez do *Vocabulário Jurídico*¹³, temos que o termo edital:

[...] deriva de *edictus*, de *edictare* (publicar, anunciar, intimar) vem justamente indicar o ato pelo qual se faz publicar pela imprensa, ou nos lugares públicos, certa notícia, fato ou ordem, que deva ser divulgada ou difundida, para conhecimento das próprias pessoas nele mencionadas, como de quantas outras possam ter interesse no assunto, que nele contém.

¹³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 575.

Assim, o edital é o instrumento por meio do qual a Administração divulga o seu interesse em oferecer as vagas de cargos e empregos públicos existentes nos seus quadros, e que contém o regramento do concurso.

O edital, portanto, deve conter todas as informações concernentes ao certame, dando-lhe condições de validade e eficácia, tudo em conformidade com as leis e com a Constituição, de forma a vincular as partes (princípio da vinculação ao instrumento convocatório)

Machado Júnior¹⁴ destaca que o edital não pode ser tomado como a lei do concurso – como muitos propugnam –, pois se trata, em verdade, de mero continente do qual as normas do certame são o conteúdo, e aduz:

O edital é o veículo da norma que regula o processo seletivo público, tratando de todo o procedimento que vai desde a inscrição até a homologação e nomeação dos aprovados.

Diz-se, assim, com certa imprecisão, que o edital é a lei dos concursos. Portanto, qualquer ato administrativo que for desenvolvido por agente públicos ou qualquer ato praticado por candidatos deverão se sujeitar às regras contidas no edital. O edital divulga o regulamento do certame, estipulando esses direitos e obrigações relativas à seleção pública, vinculando as partes: Administração Pública e administrados.

O artigo 37, inciso II, assevera que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, **na forma prevista em lei.**

Outrossim, insta esclarecer que cada um dos entes federativos deverá normatizar, dentro de sua esfera de competência, o procedimento administrativo concernente ao concurso público.

Portanto, pelo Princípio da Legalidade, é evidente que o edital deverá conter normas consentâneas à legislação vigente. Por outro lado, segundo Motta e Silveira¹⁵:

¹⁴ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 116-117.

¹⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. **Concurso Público**. In: FORTINI, Cristina. *Servidor Público: estudos em homenagem ao Professo Pedro Paulo de Almeida Duarte*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 309.

Se inexistir lei (em sentido formal e material) na entidade federada disciplinando o concurso público, o edital, neste caso, ato normativo *praeter legem*, já nasce eivado de ilegalidade, comprometendo todos os demais atos subsequentes no processo.

Isto se traduz em que o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório consubstancia corolário do Princípio da Legalidade, pois o dever de observar as regras editalícias subjaz ao cumprimento da lei e o respeito à Constituição.

Destarte, o edital elaborado em consonância com as normas infraconstitucionais e constitucionais não devem ser desobedecidas – seja pelo candidato, seja pelo Poder Público – sob pena de invalidação do ato, eventualmente realizado através do controle jurisdicional.

2.6 – A BANCA EXAMINADORA

Para a realização de concursos, os órgãos e entidades da Administração Pública, enquanto ordenadores de despesas, constituem suas comissões permanentes de concurso público, que ficam incumbidas de praticar os atos administrativos alusivos ao certame.

Todavia, em vista da natureza e complexidade de certos procedimentos, pode a Comissão Permanente delegar parte de suas atribuições a uma banca examinadora, que deve possuir a capacidade técnica especial para realização da prova e conseqüente recrutamento dos melhores candidatos.

Em vista desta especialidade, tornou-se comum a contratação, pelos entes federados, de empresas exclusivamente voltadas à realização de provas de concursos públicos.

Nesses casos, a Banca Examinadora, embora seja entidade privada, assume as atribuições oriundas da Comissão de Concurso, ficando encarregada de atos relativos ao certame, inclusive a elaboração do edital, a confecção e correção das provas, etc.

Portanto, concluímos que a Banca Examinadora, em vista das prerrogativas auferidas pelo Poder Público em razão do seu conhecimento técnico específico, tem o condão de conduzir o concurso público, e, quando a legislação assim o permitir, praticar atos discricionários.

2.7 – PROVAS OBJETIVAS E PROVAS ESCRITAS

Conforme o preceituado na nossa Carta Magna (art. 37, II, CF/88), o concurso público pode ser de provas ou de provas e títulos.

As provas constituem o cerne do concurso público, uma vez que é principalmente através delas que a Administração Pública vai avaliar a capacidade dos candidatos para ingressar no serviço público.

Esses exames, evidentemente, têm que apresentar questões relacionadas às atividades a serem exercidas pelo servidor público, e vinculadas ao conteúdo programático previsto no edital.

Geralmente, as bancas examinadoras aplicam provas objetivas, provas escritas e provas orais, cumulativamente ou não, a depender da complexidade do concurso e dos cargos a serem providos.

As provas objetivas são aquelas que possuem questões com respostas predefinidas e, usualmente, apresentam várias assertivas, das quais apenas uma é correta; ou contém apenas uma sentença, a qual o candidato deverá indicar se é verdadeira ou falsa. Importa salientar que nessa espécie de prova, quando elaborada com base em critérios técnico-científicos, não existe margem a subjetivismos por parte da Banca.

As provas escritas são aplicadas com o objetivo de testar conhecimentos mais aprofundados acerca do conteúdo exigido, bem como o domínio do vernáculo

pelo candidato, capacidade de argumentação e coerência. Para Fábio de Holanda Monteiro¹⁶ não se deve confundir provas dissertativas com as provas práticas:

Contudo, não se deve confundir as provas dissertativas com as ditas provas práticas, geralmente cobradas na terceira fase do concurso, e nas quais normalmente é exigido do candidato a elaboração de sentenças, pareceres, petições ou recursos.

Nas provas práticas, o candidato é posto à prova sobre situações do cotidiano, que se aproximam da realidade, aproveitando-se, o examinador, de casos enfrentados no exercício da atividade profissional. Já nas discursivas, os concorrentes discorrem sobre temas que lhe são questionados, devendo mostrar certo domínio do conteúdo.

3 – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Consabido que em sua formulação clássica, a separação dos poderes consubstancia a forma tripartite, em que o poder político se manifesta por meio dos “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário.

Insta ressaltar, em que pese ter-se convencionado chamar a técnica de separação dos poderes, é cediço, que o poder estatal é uno e indivisível, sendo repartidas apenas as funções legislativa, executiva e jurisdicional, precipuamente aos respectivos órgãos.

Como dito linhas acima, o Estado é a institucionalização do poder político para a persecução do bem comum. Portanto, a existência do Estado está indissociavelmente ligada à noção de poder político. O mestre José Afonso da Silva¹⁷ explica que o poder é um fenômeno sociocultural inerente aos agrupamentos humanos, podendo ser definido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”, e completa:

O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o *poder político* ou *poder estatal*. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil,

¹⁶ MONTEIRO, Fábio de Holanda. **Controle jurisdicional da correção de prova subjetiva nos concursos públicos**. Disponível em <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/12/Controle-jurisdicional-prova-concurso-publico.pdf>>. Acesso em mar. 2014.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106-107.

compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter o mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a *soberania do Estado* [...], que implica, a um tempo, *independência* em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e *supremacia* sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).

Ao repisar a história, é notório que nos mais variados Estados, em todos os tempos, os governantes detentores de poderes ilimitados, vêm sucumbindo à corrupção, e cometendo abusos em detrimento do povo.

A ideia de separação do poder político estatal existe desde a Antiguidade Clássica, com os pensamentos de Aristóteles, que, desde aquela remota época, já vaticinava o perigo da concentração de poder num único indivíduo.

A partir do século XVII, a fim de combater o arbítrio absolutista, e inspirados pelos ideais iluministas, muitos doutrinadores se apropriaram da teoria da separação dos poderes, dentre os quais está John Locke, considerado o pai do liberalismo político, e autor do *Segundo Tratado sobre o Governo*.

Entretanto, foi com Montesquieu que tal pensamento se consolidou. É que embora a ideia já existisse, foi este último pensador quem explicou com maior clareza a teoria da separação dos poderes, definindo um sistema que compartimentava o poder estatal, atribuindo a diferentes órgãos as funções respectivas, conforme a lição de Dalmo de Abreu Dallari¹⁸:

Finalmente, com MONTESQUIEU, a teoria da separação dos poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. Em sua obra "*De L'Esprit des Lois*", aparecida em 1748, MONTESQUIEU afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219.

para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.

Portanto, com o propósito de evitar a concentração do poder em um único núcleo, e neutralizar o seu aspecto corruptor, a separação dos poderes surgiu como um sistema em que os órgãos estatais distintos, cada qual com sua função própria, exerceriam controle uns sobre os outros, para evitar arbitrariedades.

Esse sistema de freios e contrapesos se firmou, pois, como verdadeiro pilar do Estado de Direito, inspirando a ideia de direitos fundamentais que, à época, revestiam a feição de liberdades públicas, uma vez que, no modelo liberal vigente naquele momento, as atribuições indicadas a cada um dos “poderes” eram muito restritas. Assim, Machado Júnior¹⁹, nos explica a conveniência da técnica da separação dos poderes aos objetivos liberais-individualistas:

A ideia de direitos fundamentais seria uma tônica no Estado Moderno, haja vista a enorme virada ideológica e política oriunda da teoria da separação dos poderes, o que calhava em demasia ao movimento liberal, pois, contendo-se o poder político dos governantes, garantia-se mais liberdade aos membros do grupo social, em especial a liberdade de comércio, tão salutar para a classe burguesa ascendente.

Naquele momento, o Estado Liberal de Direito, como devoto da Lei (garantidora de liberdades), exaltava o Poder Legislativo, ao tempo em que menosprezava os outros, relegando ao Poder Judiciário apenas a função de reproduzir o direito emanado pela legislação, e sem a capacidade de inovar no ordenamento.

Atualmente, em razão da ampliação da atividade estatal, o princípio em apreço possui contornos diversos daquele concebido pelos liberalistas, tratando-se mesmo de uma colaboração de poderes, em cada um exerce tipicamente suas funções principais, e atipicamente as demais.

¹⁹ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

Assim é que, no Brasil, a vigente Constituição²⁰ estabelece que “São Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º).

Neste contexto, não existe preponderância de um poder sobre os demais. Se o Estado Liberal almejava o controle do poder para garantir a liberdade, o Estado Democrático pretende dar efetividade a um plexo de direitos cada vez mais amplo, inclusive através da cooperação harmônica entre os poderes independentes.

Vale ressaltar, porém, que o atributo da independência não é absoluto, pois²¹:

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Pelas razões expendidas, defendemos a posição de que o Poder Judiciário brasileiro deve adotar postura condizente à atual feição que lhe é conferida pela nossa Carta Magna, e enfrentar dignamente os conflitos de interesse submetidos ao seu crivo, mesmo os mais espinhosos, como o é este que estamos a tratar.

4 – O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Delineadas as funções estatais e abordada a questão da separação dos poderes – que a principio se apresenta como obstáculo para o controle de determinados atos administrativos –, passamos a analisar a garantia constitucional de acesso à Justiça, para concluirmos em que medida o Poder Judiciário pode interferir na esfera administrativa sem malferir aquele mandamento fundamental.

²⁰ Segundo José Afonso da Silva “O princípio da separação ou divisão dos poderes foi sempre um princípio fundamental no ordenamento constitucional brasileiro” (**Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106).

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 110.

Para José Afonso da Silva²², o termo direitos fundamentais do homem significa:

[...] a expressão que designa, em nível do Direito Constitucional positivo, *aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas*. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas, sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive; fundamentais do *homem*, no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

É imperioso denotar que, além dele mesmo ser um direito (ou garantia) fundamental, o princípio insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, também se presta a efetivar, através da prestação jurisdicional, todos os outros direitos fundamentais.

Sem maiores aprofundamentos no estudo dos direitos fundamentais, o certo é que a Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto instituidora de um Estado Social Democrático, traz em seu bojo não apenas regras jurídicas, mas um verdadeiro plexo axiológico formado por princípios, que ao lado daquelas devem, na mesma medida serem observados, a fim de alcançar os propósitos estatais.

Uma das facetas desses valores é o limite da atuação do Estado, a quem cabe respeitar e promover os direitos fundamentais, conforme explica Agapito Machado Júnior²³:

Assim, o Estado tem o dever de respeitar e garantir os direitos fundamentais, sendo que constitucionalmente o órgão que recebeu tal mister com ampla independência e capacidade de realização foi exatamente o Poder Judiciário – verdadeiro agente transformador da realidade social e garantidor da efetividade constitucional.

Destarte, ao conferir ao Judiciário essa missão de garantidor dos direitos fundamentais, a Constituição Federal preceitua que a lei não excluirá da apreciação dele lesão ou ameaça de direito.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

²³ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.

Da mesma forma em que fizemos em relação ao princípio da separação dos poderes, consignamos agora a necessidade de abordar a moderna interpretação do direito à jurisdição.

Assim, quando a Constituição eleva o acesso à Justiça ao *status* de direito fundamental, ela quer garantir mais do que uma tutela formal, e sim conferir uma tutela jurisdicional material.

Pela literalidade do texto constitucional, ou seja, formalmente, o acesso à Justiça consubstanciaria apenas a implementação da máquina judicial à disposição do cidadão.

Entretanto, num Estado Democrático de Direito, o reconhecimento de valores como a dignidade da pessoa humana e cidadania amplia a proteção de direitos através da prestação jurisdicional, de forma que os cidadãos possam ter reais condições de ter as suas pretensões analisadas e reconhecidas (quando merecidas).

Destarte, quando o cidadão buscar o Poder Judiciário para proteger seus direitos da lesão provocada pela atuação ilegal da Administração Pública, é dever do Estado prestar uma tutela jurisdicional efetiva e justa, mesmo que para isso tenha que controlar aqueles atos ditos discricionários.

5 – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da legalidade define que toda atividade administrativa do Estado está sujeita aos mandamentos das normas positivadas no ordenamento jurídico. Entretanto, é evidente que a lei é incapaz de prever exhaustivamente todas as condutas do Poder Público, razão pela qual, dentro dos limites por ela estabelecidos, e em certas circunstâncias, confere-se ao agente administrativo, vetor da vontade estatal, a possibilidade de avaliação da conveniência e oportunidade na prática de determinado ato em concreto.

É que a lei, enquanto manifestação volitiva do povo, não pode, em sua estreiteza, consubstanciar óbice ao alcance do interesse público. Assim, a discricionariedade consiste numa ampliação do bojo legal-administrativo para permitir maior flexibilidade de ação pelo agente público, por meio da qual possa optar pela conduta mais adequada para atingir a finalidade pública.

Com efeito, no que concerne à liberdade de atuação dos agentes públicos, a doutrina classifica os atos administrativos em vinculados e discricionários, embora seja pacífico que tais atos nunca são totalmente vinculados ou discricionários, havendo apenas maior ou menor liberdade de escolha para o Poder Público no exercício do seu mister.

Destarte, para fins meramente didáticos, reproduziremos os conceitos concebidos por Carvalho Filho²⁴, que define os **atos vinculados** nos seguintes termos:

[...] são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído em lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei.

Por outro lado entende que:

Diversamente sucede nos **atos discricionários**. Nestes é própria a lei que autoriza o agente a proceder uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo do objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo.

Inobstante tal distinção, o constitucionalismo moderno traz consigo a garantia de valores superiores em seus ordenamentos e a ideia de juridicidade, o que nos leva a corroborar com o lúcido ensinamento de Gustavo Binbenojm²⁵, para quem:

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119.

²⁵ BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

[...] a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Nesta seara é sempre válido aproveitar os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁶, que leciona:

[...] existe discricionariedade quando a lei quando a lei deixa a Administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E essa escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de *mérito* do ato administrativo.

Daí decorrem os dados fundamentais para definir a discricionariedade: a) envolve a possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas; essas alternativas decorrem da lei; c) por isso, qualquer uma das alternativas que a autoridade escolha é juridicamente válida; d) a escolha se faz diante do caso concreto, com base em critérios de mérito.

Definidos, pois, alguns aspectos importantes da discricionariedade, é forçoso se debruçar sob a possibilidade de controle de tais atos, bem como fazer a necessária distinção entre aquela e o mérito administrativo, tantas vezes confundidos entre si.

Como dito alhures, a discricionariedade encontra seus limites na legalidade, motivo pelo qual, obviamente, poderá, na hipótese de atuação ilegal do administrador, ser objeto de controle.

Destarte, embora vetusta doutrina ainda defenda a insindicabilidade dos atos administrativos discricionários, é evidente que estes, quando eivados de vícios, podem (e devem!), no mínimo, sofrer o controle de legalidade.

Muitos doutrinadores, aliás, atribuem ao mérito administrativo o conceito de discricionariedade – liberdade concedida ao Poder Público para atuar de acordo com juízo de conveniência e oportunidade –, quando os dois não deveriam se confundir.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, 2007.

Agapito Machado Júnior²⁷ rechaça tal noção nos seguintes termos:

O conceito de mérito administrativo, portanto, é equívoco, tendo levado muitas vezes a melhor doutrina a identifica-lo tal como a própria discricionariedade, no que culmina em se aceitar o controle jurisdicional do próprio mérito administrativo.

Assim, chega-se equivocadamente a dizer que não há controle jurisdicional na discricionariedade ou mesmo que o mérito administrativo pode ser objeto de controle jurisdicional.

Nesta senda, fazer a distinção entre os dois institutos é imperioso, pois, enquanto a discricionariedade é balizada por parâmetros jurídicos e extrajurídicos, o mérito administrativo só encontra limites em critérios extrajurídicos.

Daí infere-se que o ato administrativo discricionário abarca o mérito – mas os dois não se confundem. Assim, há nesse tipo de ato um aspecto sindicável pelo Poder Judiciário; e outro que só diz respeito à critérios de cunho político, próprios da Administração Pública, sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Assim, no tocante ao controle jurisdicional incidente sobre os concursos, Machado Júnior²⁸ conclui que:

[...] determinados atos administrativos, mesmo quando praticados com liberdade de decisão (discricionariedade), podem ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, por violarem a lei ou princípio constitucional. Entretanto, quando tal agressão não ocorrer à míngua de qualquer parâmetro jurídico, restará um espaço de decisão administrativa não sujeita ao controle jurisdicional; seria esse o mérito administrativo, o qual favorece uma escolha de conveniência e oportunidade do administrador diante do caso concreto.

6 – DISCRICIONARIEDADE NA CORREÇÃO DAS PROVA DE CONCURSOS PÚBLICOS

Vistos alguns conceitos, pode-se concluir que no decorrer dos concursos públicos, muitos dos atos praticados encontram-se no âmbito da discricionariedade,

²⁷ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 40.

²⁸ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41-42.

sobretudo aqueles praticados pela Banca Examinadora, uma vez que a ela cabe definir quais os critérios de aplicação e de correção das provas dissertativas – critérios estes que, por estarem inseridos num campo extremamente técnico-científico, consubstanciam a ideia de *discricionariedade técnica*.

Maria Sylvia Zanella de Pietro²⁹ nos ensina que a ideia de *discricionariedade técnica* surgiu na Escola de Viena, em 1864, através de Bernatzik, para designar os atos administrativos que, embora não sendo propriamente discricionários, em virtude de sua elevada complexidade técnica, deveriam ser excluídos da possibilidade de controle jurisdicional, pois só aos administradores, enquanto técnicos especializados, compete emitir juízo de valor acerca desses atos. Por essa razão, não caberia aos juízes, desconhecedores da seara administrativa, anular ou substituir a atuação da Administração.

Raoni Gonçalves de Carvalho³⁰, ao concluir que a aludida tese adveio para afastar a interferência judicial sobre o âmbito de atuação técnica do Poder Público, explica que a noção de discricionariedade técnica foi desenvolvida posteriormente pela doutrina italiana, que, atualmente, admite algum controle judicial dela.

Com efeito, José Antonio Pancotti escorça o pensamento hodierno da reportada ala de juristas ao expender que, para o Conselho de Estado italiano, as discricionariedades técnica e administrativa diferenciam-se tão somente em aspecto quantitativo, pois o legislador, com respeito à primeira, confere à Administração Pública um guia especial para aferir a ocorrência das hipóteses descritas na norma, de modo que apenas por esta diretriz específica é que o controle judicial pode ser efetuado.

Assim, consigna o autor que a discricionariedade técnica ocorrerá quando o Estado têm à sua disposição uma miríade de parâmetros normativos “ante questões técnicas e quando estas consistem na mera verificação, pelo agente público, da existência do suporte fático que permite a incidência da norma”.³¹

²⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, 2007

³⁰ CARVALHO, Raoni Gonçalves de. **O controle judicial da discricionariedade técnica nas provas de concursos no Brasil**. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1802/1836>>. Acesso em mar. 2014.

³¹ Raoni Gonçalves de Carvalho esclarece, entretanto, que a discricionariedade técnica possui outro viés: “Situação diversa – e mais polêmica – é a dos juízos técnicos externados pela autoridade administrativa, ou seja, a valoração especializada para fins decisórios que a Administração Pública

Portanto, em que pese o entendimento de que a Banca Examinadora, quando da elaboração e correção das provas de concursos, gozam de discricionariedade técnica fundada na liberdade proporcionada pelas opções de cunho altamente técnico-científico, tal liberdade não pode ser concebida como um poder ilimitado e incontrolável, como doravante vem se apresentando na atual conjuntura legal e jurisprudencial brasileira.

7 – O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NA CORREÇÃO DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Desde muito tempo, o posicionamento jurisprudencial brasileiro majoritário acerca do tema em estudo é pela insindicalibilidade (ou sindicabilidade restrita a aspectos meramente legais) dos atos realizados no decurso dos certames públicos para provimento de cargos e empregos públicos.

Além do quanto expendido acerca da histórica mitigação do Poder Judiciário desde o advento do Estado Moderno, Germana de Oliveira Moraes³², a respeito da jurisdição brasileira, nos explica que:

O posicionamento tradicional que veda ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora na valoração das respostas, em termos a discutir com os próprios examinadores, remonta à orientação do antigo extinto Tribunal Federal de Recursos, onde se entendia que “se admissível abrir-se exceção à regra, inclusive quanto à forma de julgar as questões da prova, tão-somente em relação ao candidato-autor, constituiria quebra ao princípio da igualdade de todos os candidatos”

Com efeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça cristalizou-se no sentido de que “o critério de correção de provas e atribuições de notas estabelecido pela Banca Examinadora não pode ser discutido no Judiciário, limitando-se a

faz em relação a fatos complexos. Aqui é que se vislumbra a escassez de uma dogmática mais minuciosa, dando que estes fatos, por guardarem estreita relação com as noções e métodos das diversas ciências e artes, geralmente são muito dinâmicos, o que acaba por dificultar sua inclusão no sistema jurídico, e por consequência, seu controle por órgãos judicantes”.

³² MORAES, Germana de Oliveira. **O Judiciário e o Direito dos Concursos**. Revista ESMAFE – 5ª. Recife, 2001. p. 73.

atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo” (ROMS 274/BA, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO).

O Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Carta Magna, sustentando, no bojo do Mandado de Segurança nº 21.176, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, que embora seja devida a prestação jurisdicional, por força do princípio insculpido no artigo 5º, XXXV, não pode se imiscuir nos critérios técnico-científicos adotados pela comissão de concurso, propugna que “os critérios adotados pela banca examinadora de um concurso **não podem ser revistos**, salvo se houver inconstitucionalidade ou ilegalidade”.

Abordando a polêmica, Fábio Medina Osório³³ expõe a contumaz omissão do Poder Judiciário em relação à questão, nas seguintes palavras:

Problema que merece a atenção da doutrina diz respeito aos limites dos administradores responsáveis pela elaboração de provas objetivas nos concursos públicos. Sabemos que a tendência do Poder Judiciário é reconhecer campos largos de imunidade aos administradores que elaboram provas de ingresso às carreiras jurídicas, talvez até mesmo porque o próprio Judiciário – e, diga-se de passagem, também o Ministério Público, instituição fiscalizadora por excelência - realiza numerosos concursos públicos, não se revelando interessante propiciar abertura aos Juízes de primeiro grau no sentido de que pudessem efetuar controles mais rigorosos, fiscalizando atos de uma Banca Examinadora composta por autoridades superiores no plano administrativo. Desta forma, os Tribunais teriam uma forte motivação psicológica e institucional para construir uma jurisprudência de imunidade em favor de seus próprios atos administrativos.

Contudo, é cediço que cabe ao Estado-Juiz prestar ao administrado uma devida tutela jurisdicional, com a extinção de atos arbitrários cometidos pela Banca Examinadora, por força do mandamento constitucional inserto no art. 5º, XXV, da Constituição Federal – evitando, entretanto, ao exercer a jurisdição, interferir indevidamente no campo de atuação do Estado-Administrador, sob o risco de malferir o princípio da Separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas**. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-FABIO-MEDINA-OSORIO.pdf> Acesso em nov. 2014.

Para tanto, o juízo deve ser preciso ao lançar mão do postulado da Harmonização, aplicando os dois valores em conflito, de forma consistente e coerente. Esta é a contenda a ser enfrentada pelo Poder Judiciário, no que concerne ao controle jurisdicional no âmbito dos concursos públicos.

O desafio deste trabalho, a seu turno, é analisar de que forma e até onde pode o Poder Judiciário se imiscuir na esfera administrativa alusiva à correção das provas dos certames – o que tentaremos explicar a seguir.

Insta ressaltar que, embora a jurisprudência dominante aceite apenas a ideia de sindicabilidade adstrita a aspectos legais, o julgador, no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, possui diversas outras balizas para respaldar o seu julgamento, até mesmo diante da minguada legislação atinente ao concurso público em nosso ordenamento.

Assim, para além do controle de legalidade, a doutrina vanguardista defende o controle de juridicidade, que adota como parâmetros de controle os princípios constitucionais.

O controle de legalidade é aquele que, por força do Princípio da Legalidade (art. 5º, II, CF/88), tem como baliza jurídica a própria lei – e, eventualmente o edital, por delegação legal.

Por tratar meramente de regras, normas de caráter mais restrito e de alto grau de vinculação, o controle de legalidade pode ser uma tarefa pouco laboriosa para o Poder Judiciário, visto que basta verificar-se o ajustamento (ou não) do ato impugnado à lei ou ato normativo, conforme leciona Machado Júnior³⁴:

O controle jurisdicional, portanto, será realizado nos parâmetros de previsão constantes da lei ou do regulamento do certame, sendo, por assim dizer, em tais circunstâncias, mais cômodo ao julgador expurgar o ato ilegal, uma vez que as regras trazem em si uma conduta mais definida (hipótese de incidência), sendo mais viável o controle judicial e até mesmo porque tal situação já decorre desde a ideia de Estado Liberal. Já é da cultura do Poder Judiciário brasileiro anular atos ilegais.

Destarte, inicialmente é de verificar se houve violação a lei o às normas reguladoras do concurso público, pois, se tal

³⁴ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 153.

ocorreu, trata-se de controle de legalidade, devendo o ato não-conforme ser anulado pelo Judiciário.

Por sua vez, quando não existem regras prevendo as condutas a serem tomadas por administradores e administrados – o que é muito comum quando se trata de concurso público, diga-se – o Poder Judiciário pode adotar como parâmetros de julgamento os princípios constantes do arcabouço axiológico do nosso ordenamento. Eis o controle de juridicidade. Machado Júnior³⁵ exemplifica:

Como parâmetros da juridicidade para fins de concursos públicos, serão observados, dentre outros, os princípios constitucionais expressos no art. 5º - *caput* – Isonomia; XIII – liberdade profissional, LV – contraditório e ampla defesa, assim como, no art. 37 da CF/88 (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência, amplo acesso a cargos, empregos e funções públicas), e ainda os implícitos no texto constitucional, como é o caso da preponderância do interesse público sobre o particular, da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, alguns dos quais, aliás, estão hoje positivados na Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, da Lei nº 9.784/99 – finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público).

Destarte, consabido que apesar de mais genéricos, os princípios são normas que expressam valores a serem respeitados no ordenamento jurídico, razão pela qual o ato que os vilipendie deve ser anulado, embora essa seja uma missão mais árdua para o julgador.

Ora, considerando como marcos balizadores tanto as regras quanto os princípios, infere-se que, seja a ilegalidade, seja a ilegitimidade, eiva de vício o ato administrativo, restando analisar a profundidade do eventual controle sobre esse ato.

Via de regra, declarado determinado ato como desconforme ao direito, compete ao Poder Judiciário apenas exercer um controle jurisdicional negativo, sem ingerência sobre os critérios de resposta definidos pela Banca Examinadora.

Todavia, Gustavo Binenbojm³⁶, de forma inovadora sobre o tema, propõe que, a depender das circunstâncias, o julgador poderá chegar às seguintes conclusões: (i) o **controle ablativo**, restringindo-se a determinar a anulação do ato; (ii) o

³⁵ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 154-155.

³⁶ BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229.

controle ablativo e mandamental, pelo qual se invalida o ato, determinando a solução a ser adotada pelo Poder Público.

Agapito Machado Júnior³⁷, a seu turno, minudencia as hipóteses de decisões, nos seguintes termos:

Diante da violação de direito do candidato por parte da Banca Examinadora quando da correção de questões de concurso público, extraem-se as possíveis soluções a serem adotadas pelo Poder Judiciário, as quais vão gradativamente ampliando o ingresso do Poder Judiciário nos aspectos pedagógicos do ramo de conhecimento exigido no quesito: (a) simplesmente infirmar o ato administrativo indevido, sem indicar a solução adequada ao quesito ou exigir outra solução da Banca Examinadora; (b) além de infirmar o ato administrativo indevido, obrigar a Banca Examinadora a adotar outra solução a ser por ela definida (exclusão parcial da vontade do administrador); (c) infirmar o ato administrativo, chegando mesmo a adotar por si a solução adequada e obrigar o administrador a aceitá-la (exclusão total da vontade do administrador).

Destarte, podemos concluir que, em linhas gerais, as decisões judiciais decorrentes de controle jurisdicional incidente sobre atos indevidos na realização de provas de concursos públicos podem ter natureza **anulatória** e/ou **substitutiva**.

Assim, pela mera anulação, o julgador profere decisão que efetivamente fulminar, desde o seu nascimento, o ato arbitrário cometido, sem emitir qualquer comando sobre a forma da subsequente atuação da Banca Examinadora.

Por sua vez, na decisão substitutiva, o Poder Judiciário deve necessariamente interferir na esfera técnico-científica própria da discricionariedade técnica da Banca Examinadora, para, anulando o ato, determinar que essa adote qualquer outra solução aceitável ou; inexistindo outra solução possível, indicar qual a única solução adequada à situação. Certo é que, em caso de substituição, o julgador deve estar amparado por informações técnicas ou laudos periciais, sobretudo quando a substituição do ato implicar na imposição de conduta determinada.

Em qualquer hipótese a invalidação da conduta administrativa é devida, pois os atos ilegais e ilegítimos não devem produzir efeitos, salvo nos casos excepcionais

³⁷ MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 157-158.

em que, para preservar a segurança jurídica e a boa-fé dos candidatos, poderão ser convalidados. A diferença é que na substituição a amplitude da ingerência do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa é muito maior do que a anulação em sentido estrito.

8 – CONCLUSÃO

O concurso público, indubitavelmente, é o meio mais democrático para o acesso aos cargos e empregos públicos, uma vez que homenageia princípios constitucionais como isonomia, moralidade e eficiência.

Assim, muitos brasileiros se submetem a concursos de provas ou provas e títulos (art. 37, II, da CF/88), para ingressarem no serviço público.

Eventualmente, as bancas examinadoras, na condição de órgão competente para elaborar e corrigir questões das provas de concursos públicos, cometem atos arbitrários, que são submetidos, pelos candidatos insatisfeitos, ao crivo do Poder Judiciário.

A problemática da questão em apreço se encontra, sobretudo, no conflito entre dois princípios constitucionais, incidente sobre a revisão das provas de concursos públicos.

Se por um lado temos que os poderes são independentes (art. 2º, da CF/88) e cabe à Administração Pública, através das famigeradas Comissões Examinadoras, elaborar e corrigir as provas dos certames para provimentos dos cargos e empregos públicos, de outro temos o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV), pela qual não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e até mesmo o efetivo acesso a uma tutela jurisdicional justa.

É pacífico na doutrina que é possível, e mesmo devido, a aplicação de ambos os princípios, através da técnica da Harmonização, pelo qual se busca a conformidade de valores em conflito no texto constitucional.

Ocorre que, a história demonstra que essa não tem sido uma tarefa simples para o nosso Poder Judiciário, visto que o entendimento jurisprudencial dos nossos tribunais é pela insindicabilidade da correção das provas de concursos públicos, salvo nos casos de manifesta ilegalidade.

Atualmente, contudo, laboriosos doutrinadores se esforçam para demonstrar o equívoco da referida postura no que concerne ao controle da discricionariedade administrativa, mormente em relação à discricionariedade técnica.

Obviamente, a discricionariedade técnica conferida à Banca Examinadora não pode ser traduzido num poder absoluto e incontrolável, uma vez que os seus atos, mesmo que não considerados ilegais, encontram limites nos princípios constitucionais.

Por tudo o quanto exposto, cabe ao Poder Judiciário, em que pese a independência da Administração Pública na realização de concursos públicos, controlar a atuação da Banca Examinadora, para anular os atos eivados de vícios, ou, em situações necessárias, substituí-lo por outro adequado, mesmo que para isso tenha que se imiscuir no âmbito de competência técnico-científica daquela, com base na perícia devida.

9. REFERÊNCIAS

BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO, Raoni Gonçalves de. **O controle judicial da discricionariedade técnica nas provas de concursos no Brasil**. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1802/1836>>. Acesso em mar. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, 2007.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Fábio de Holanda. **Controle jurisdicional da correção de prova subjetiva nos concursos públicos**. Disponível em <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/12/Controle-jurisdicional-prova-concurso-publico.pdf>>. Acesso em mar. 2014.

MORAES, Germana de Oliveira. **O Judiciário e o Direito dos Concursos**. Revista ESMAFE – 5ª. Recife, 2001.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; SILVEIRA, Raquel Dias da. **Concurso Público**. In: FORTINI, Cristina. Servidor Público: estudos em homenagem ao Professo Pedro Paulo de Almeida Duarte. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas**. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-FABIO-MEDINA-OSORIO.pdf> Acesso em nov. 2014.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Raquel Dias da. **O acesso funcional dos servidores públicos e a Constituição de 1988: parâmetros para compatibilização**. Disponível em <<http://revista.unibrasil.com.br/index.php/retdu/article/view/130/150>>. Acesso em out. 2014.