

ESAJ – ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

**NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O
CONTROLE JUDICIAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS
EVANILDO DA SILVA ANDRADE FILHO**

**RIO DE JANEIRO
2016**

EVANILDO DA SILVA ANDRADE FILHO

**NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O
CONTROLE JUDICIAL DOS CONCURSOS PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo aluno Evanildo da Silva Andrade Filho como exigência do curso de pós-graduação em Especialização em Administração Pública com Enfoque no Judiciário da ESAJ – Escola de Administração Judiciária sob a Coordenação do Professor Desembargador Jessé Torres Pereira Junior.

**RIO DE JANEIRO
2016**

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, “pois dEle vem a ideia, o movimento, a cor, a rima, o tom, o amor, o sonho e a quimera”, sem Ele nada teria feito.

A Simone Maciel, pessoa com quem amo partilhar a vida. Com você tenho me sentido mais vivo de verdade. Obrigado pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria do dia a dia.

Aos meus filhos Caroline e Victor, pelo convívio, pelo apoio, pela compreensão nas minhas ausências.

A ESAJ pela oportunidade e a todos os professores do curso, que foram tão importantes nesta fase acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

RESUMO

As mudanças ocorridas após a Segunda Grande Guerra foram determinantes para a introdução de diversas transformações no âmbito social, político econômico, filosófico e jurídico. O Direito vivencia uma forte exaltação e reinterpretação das Cartas Políticas no denominado Neo Constitucionalismo que apregoa a irradiação dos princípios e a afirmação dos Direitos e garantias constitucionais como normas jurídicas plenas, que alcançará todos os ramos da Ciência Jurídica. Tais impactos promoveram verdadeiros embates teóricos no campo do Direito Administrativo que por força de diversas peculiaridades viu-se resistente às avassaladoras mudanças. Neste campo abre-se destaque às questões relativas ao estudo da Discricionariedade administrativa que paulatinamente caminha de um ponto de total fechamento quanto ao controle para um ponto em que há a incidência de diversos meios que promovem a possibilidade de fiscalização. O Concurso Público, como procedimento administrativo que preza pela moralidade, muitas vezes vê-se ameaçado diante de práticas que não são condizentes aos padrões exigidos em um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Neste embate o Poder Judiciário cumpre papel relevante na confirmação desse novo estágio de evolução social e política.

Palavras chaves: Neo Constitucionalismo, princípios, Direito Administrativo, Discricionariedade, Concurso público, Poder Judiciário.

ABSTRACT

The changes after the Second World War were instrumental in the introduction of several changes in the social, economic, political, philosophical and legal. The Right experiences a strong exaltation and reinterpretation of Letters Policies in called Neo Constitutionalism hawking irradiation of the principles and statement of rights and constitutional guarantees as full legal rules, which will reach every branch of Legal Science. Such impacts promoted true theoretical debates in the administrative law field under several peculiarities seen as resistant to sweeping changes. This field opens emphasis on issues related to the study of Administrative Discretion that gradually goes from a point of total closure on the control to a point where there is the incidence of various media that promote auditability. The Public Contest, as the administrative procedure that values the morality often is threatened on practices that are not consistent with the standards required in a true democratic state. In this clash the judiciary fulfills an important role in the confirmation of this new stage of social and political evolution.

Key words: Neo Constitutionalism, principles, Administrative Law, Discretion, Public Contest, Judiciary.

“O poder discricionário é o verdadeiro cavalo de Tróia no centro do Direito Administrativo em um Estado de Direito”

(Hans Huber)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DOS NOVOS PARADIGMAS	11
1.1 – Os impactos do Neo Constitucionalismo	11
1.2 – A incidência e reconfiguração dos princípios	13
1.2.1 – Os Princípios Republicano e Democrático	14
1.2.2 – Da Supremacia do interesse Público	16
1.2.3 – Da Boa Administração	20
1.2.4 – Da Motivação dos Atos	23
1.2.5 – Da Discricionarietà	25
2. DO CONCURSO PÚBLICO	37
2.1 – Princípios Norteadores	38
2.2 – Mazelas dos Concursos e Sugestões da Sociedade Civil	41
3. DO PAPEL DO JUDICIÁRIO QUANTO AO CONTROLE	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é contribuir para o debate acerca do problema referente ao controle judicial frente aos novos ditames advindo do Neo Constitucionalismo, através do fenômeno da irradiação dos princípios e da afirmação dos direitos e garantias constitucionais como normas jurídicas plenas. Tal irradiação firmou no âmbito do Direito Administrativo um processo de conformidade deste ramo aos preceitos constitucionais de forma a quebrar antigos paradigmas e assim edificar um novo modelo teórico, ou uma Teoria do Direito Administrativo Constitucional.

Dentre tais paradigmas, destaca-se o da insindicabilidade dos atos discricionários e adentrando-se no tema proposto, a questão do controle judicial dos atos referentes ao certame público, visto serem estes considerados como discricionários em sua essência. São atos sujeitos ao controle do Poder Judiciário? E, caso afirmativo; em que limite deve-se operar tal controle.

A importância do tema, que será abordado dentro de uma perspectiva constitucional, evidencia-se tanto do ponto de vista individual, à medida em que cada vez mais aumenta o universo daqueles que pretendem ingressar no serviço público mediante concurso, tanto no âmbito federal, estadual ou municipal. Do ponto de vista coletivo, porque a predominância deste modo de recrutamento dos agentes públicos favorece à moralidade e a isonomia, além de conferir maior independência aos servidores, mormente quanto às pressões políticas.

Outro ponto relevante consiste no fato de que ultimamente o Poder Judiciário tem-se deparado com maior frequência com várias discussões em lides que envolvem as diversas fases do procedimento de concursos para provimento de cargos públicos, desde o edital, perpassando pelas fases de inscrição (habilitação) e até mesmo a da correção das provas e a lista final de classificação e a conseqüente admissão no serviço público.

A perspectiva constitucional se opera sob a ótica dos princípios e regras previstos na Carta da República Federativa do Brasil de 1988, aplicáveis aos concursos públicos; bem como sob uma breve exposição acerca da orientação jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros sobre a matéria, ou seja, de como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vem solucionado as lides que envolvem concursos públicos.

Para tanto faz-se de início uma apresentação acerca dos impactos que o Neo Constitucionalismo tem promovido no âmbito do Direito Administrativo, apresenta alguns desses pontos que se renovaram: a questão do Interesse Público, que deve afastar-se da obscuridade e tornar-se legítimo; da Discricionariedade administrativa, tendente a estar cada

vez mais restrita; a exaltação do princípio democrático como um dos mais relevantes no âmbito do direito público, bem como o destaque de outros princípios que no conjunto impõe ao ramo administrativo uma nova e moderna configuração.

Para o presente trabalho foram separados quatro pontos basilares sobre o tema proposto na forma de breves reflexões sobre os Princípios Republicano e Democrático, sobre os questionamentos da denominada supremacia do Interesse Público, o tema da Discricionariedade, sobre o Direito Fundamental à Boa Administração e sobre a necessidade de motivação dos atos administrativos. As reflexões buscam posicionar o tema do controle judicial dos concursos públicos em relação às tendências mais modernas que incidem no Direito Administrativo. Onde se pode formular algumas indagações pertinentes: O sistema atual de controle judicial dos concursos público atende aos ideais republicano e democrático? É prudente o controle judicial nesta seara específica dos concursos, considerando o alto teor discricionário que envolve a questão? A Boa Administração é Direito Fundamental? e que parâmetro se aplica ao tema? Há algum interesse não público em não se promover a motivação de todos os atos que envolvem o procedimento dos concursos?

A partir desse ponto expõe-se a estrutura teórica do concurso público, suas características e princípios, bem como diversas mazelas que envolvem o procedimento a ponto de muito desses questionamentos virem a desaguar no Judiciário. Parte dessas dificuldades serão expostas tomando por base algumas considerações alçadas pela ANPAC – Associação Nacional de Proteção e Apoios aos Concursos e ADACON – Associação Nacional dos Concurseiros, esta última, que como se verá apresentou sugestões ao Poder Legislativo no intento de se promover uma legislação que venha a regulamentar o assunto. De fato, há discussões no Congresso, mas como dito, o presente trabalho tem como enfoque as questões constitucionais e administrativas envolvidas e apenas tratará brevemente alguns dos projetos de lei que estão em andamento sobre o tema. O terceiro tópico envolve o comportamento do Judiciário, ou seja, como o Poder tem fundamentado e resolvido algumas lides que lhe são dirigidas com destaque ao julgamento do Tema 485 no Recurso Extraordinário 632.853 em sede de Repercussão Geral.

Para a composição do trabalho foi empregado método dedutivo, combinado com o tipo de pesquisa teórica e qualitativa. As técnicas de pesquisa aproveitadas foram a bibliográfica, a documental legal e a jurisprudencial. Quanto a bibliográfica optou-se, no caso de artigos e ensaios, por aqueles publicados em especial entre os anos de 2005-2010, período de grande profusão de ideias e propostas de renovação do Direito Administrativo. Na seleção dos textos, optou-se por mesclar autores renomados no campo do Direito Constitucional e Administrativo

(nomes como Diogo Figueiredo e Luiz Roberto Barroso) e outros talvez menos conhecidos (tais como Carlos Ari e Mauro Roberto de Mattos), porém todos com notória formação acadêmica. No caso de bibliografia em forma de livros publicados, optou por cinco obras de autores Administrativistas: Um autor renomado e clássico (Carvalho Filho), um autor moderado (Odete Medauar) dois autores modernos (Rafael de Oliveira e Juarez Freitas), e um quinto que em sua obra expos um estudo bastante arraigado sobre o tema da discricionariedade administrativa (André Saddy). Também aqui todos com notória formação acadêmica. A técnica de pesquisa jurisprudencial foi norteada pela coleta e análise de acórdãos publicados nos últimos 15 anos, em ambos, foram utilizadas palavras-chave padronizadas no buscador Google Acadêmico. Tanto os artigos, quanto os acórdãos catalogados foram selecionados, a partir dos critérios estipulados pela delimitação dos objetivos da pesquisa, descartando-se aqueles impertinentes ao tema. Os resultados alcançados apontam para a tendência na doutrina e jurisprudência no sentido de renovação do Direito Administrativo.

Não se ambiciona no texto a apresentação de profunda exposição teórica, tampouco a apresentação de solução definitiva ao problema proposto. O que se pretende é uma breve reflexão acerca da matéria; ainda que em sua fase de considerações finais se exponha alguma discordância sobre algumas posições abarcadas pelo STF, bem como se apresenta uma breve exposição quanto a uma eventual legislação regulamentadora dos concursos públicos. Ainda assim o trabalho permanece em sua pretensão como um convite à reflexão.

1. DOS NOVOS PARADIGMAS

A conjuntura da segunda metade do século XX foi determinante para uma lenta, porém, consistente ruptura do modelo tradicional do Direito Administrativo. O período compreendido entre meados e final do último século foi acometido de grandes transformações geopolíticas, econômicas, sociais e tecnológicas em voracidade e rapidez jamais vista em outra época. O processo de globalização pôs em xeque conceitos de nacionalização e fronteiras. O mundo assistiu à formação de gigantescos aglomerados empresariais bem como o de blocos econômicos entre vários países. O conflito frio entre capitalismo e socialismo capitula na queda do muro na Alemanha. O avanço tecnológico permitiu a rápida troca de informações resultando numa perspectiva diferente do homem no meio social. A Jus Filosofia floresce com o ideal de dignidade da pessoa. No campo do Direito viu-se emergir novas ideias que resultaram no Pós-Positivismo e no Neo Constitucionalismo.

1.1 Os impactos do Neo Constitucionalismo

Após os dissabores da II Grande Guerra surgiu uma nova constatação política que, entre as várias consequências, fez resultar um panorama de busca pela valorização da vida e pela denominada dignidade do ser humano. O pano de fundo e alvo de críticas deu-se ao fato de que a lei, o Direito e o Estado foram utilizados como instrumentos legitimadores de diversas atrocidades cometidas no período da Guerra. A partir daquele momento, os países Europeus passaram a adotar um substrato teórico de exaltação da Constituição amparado em seis bases principais:

- a) A ascensão do princípio democrático como o grande legitimador da ordem política, fazendo surgir o denominado Estado Democrático de Direito. (Atualmente já se fala em Estado de Justiça Democrático de Direito);
- b) A consagração da Constituição com a prevalência de mecanismos concretos à sua guarda pelas Cortes Constitucionais. O Texto Fundamental passa da ótica de mero ideal a ser alcançado para um patamar de real eficácia de seus comandos e normas;
- c) A emersão dos Direitos e Garantias Constitucionais, com a firmação dos princípios constitucionais como normas carregadas de conteúdo real de efetividade;
- d) A aproximação constante do ramo ético filosófico (moral) ao Direito;
- e) A configuração conceitual no sentido de alcançar mais efetividade ao Direito.

Desfez-se assim o mito da lei perfeita, exaltada no contexto Positivista que predominava no período da Guerra. Passa-se então à valorização do ordenamento jurídico como um todo completo e indissociável tendo a Constituição como norma máxima. Abre-se uma nova postura de interpretação, tendo em vista a inclusão dos Princípios de Direito como parte desse “todo”, sendo estes dotados de eficácia, porém com margem de entendimento e campo de aplicação muito mais amplo e aberto quando comparado à lei. Deste modo caminha-se da noção de Legalidade para a noção Juridicidade.

O Neo Constitucionalismo, portanto, promoverá o afastamento progressivo do modelo Positivista, fundamentado na lei, para então buscar nos princípios, o real fundamento de validade, de modo que tanto os princípios, quantos os Direitos Fundamentais não funcionassem apenas como meras peças decorativas no ordenamento jurídico. O ilustre professor Mauro de Mattos (2005) assim se expressa:

Quanto aos princípios, ainda no meio para o final do século passado, a doutrina, abolindo o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, utilizados para validar o mecanismo da discricionariedade administrativa, demonstrou que o sistema jurídico não era mais composto somente de regras, mas também de princípios constitucionais, visto que os direitos fundamentais do cidadão não poderiam mais figurar como peça decorativa. (p. 22)

Neste mesmo desiderato, Luiz Roberto Barroso leciona que a efetividade da Constituição e seus princípios formou o que chamou de “rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada” (BARROSO, 2005, p 5, 6). De fato, a partir do momento em que as normas da Constituição alcançaram o *status* pleno de normas jurídicas; todo o ordenamento jurídico passa a se curvar diante do Texto Constitucional e isto irá impactar todo o sistema normativo infraconstitucional brasileiro que haverá de se adequar e se reformular face o novo modelo. Assim continua o eminente jurista e Ministro: “A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim a todos os demais ramos jurídicos”. (BARROSO, 2005, p 5, 6). A efetividade da Constituição, portanto, torna-se a base sobre a qual surgem novos caminhos à interpretação constitucional.

A ocorrência de tais mudanças no universo jurídico provoca a passagem para um modelo de Estado denominado de Estado Democrático de Direito, no qual esses novos conceitos se firmam como fonte direta do Direito, processo este que se encontra ainda em curso; porém, com a plena convicção, no dizer de Diogo Figueiredo, de que o “súdito se

tornou cidadão e o Estado, seu instrumento. ” (NETO, 2005, p. 9). Trata-se, portanto, de uma postura na qual se sustenta que o poder de fato deve emanar do povo e os atos do Estado devem possuir tal legitimidade na busca do bem-estar geral.

Nessa esteira pode-se afirmar que o Estado para além de um Estado Democrático, é um Estado Constitucional, no sentido de abarcar a Constituição ao topo de todas as normas e desse ponto fazer irradiar toda sua carga normativa. A relevância de se concretizar os Direitos Fundamentais é marcante sob esse novo enfoque. Passa-se, portanto, de um momento histórico no qual o Direito Fundamental, no denominado Estado Liberal, intentava restringir a atuação estatal a fim de se garantir a liberdade do indivíduo até o passando pelo denominado Estado Social, no qual esses direitos deixam de se portarem como limitadores negativos para então surgirem em uma dimensão de promovedores de ações positivas do Estado, até por fim adentrar-se na fase atual de se perseguir a legitimidade democrática em todas as ações do Estado.

Como dito, o alcance da Constituição ao longo do tempo irá então alcançar todos os ramos da ciência do Direito, norteando-os conforme a lógica da Carta e seus princípios fundamentadores. Tal alcance também aportará no ramo do Direito Administrativo, este tido, como consideravelmente novo, com cerca de duzentos anos de existência e, contudo, encharcado de diversas peculiaridades que na prática e não obstante as mencionadas transformações ocorridas, se manteve praticamente imune a essas mudanças. Face a tais características, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo vem ocorrendo de forma mais lenta.

Os impactos do Neo Constitucionalismo implicaram questionamentos e proposições que abalaram (e vem abalando) algumas estruturas teóricas tidas como essenciais ao ramo administrativo, promovendo uma verdadeira reorganização e interpretação jurídica de seus conceitos e princípios gerais o que Mauro Mattos denomina de Teoria do Direito Administrativo Constitucional. (MATTOS, 2005, p.9).

1.2 A incidência e reconfiguração de princípios

Como visto o Neo Constitucionalismo promoveu grandes impactos em todo o sistema jurídico e de forma muito peculiar no Direito Administrativo e, por conseguinte promovendo profundas reflexões em seus alicerces fundamentais. Uma evidência contundente da incidência dos princípios com efeito de norma dotada de eficácia jurídica se deu quando o CNJ editou a Resolução nº 7/2005 no intuito de se coibir o nepotismo no Poder Judiciário. Na

ausência de lei que disciplinasse o assunto, discutiu-se a sobre a constitucionalidade da Resolução, uma vez que esta fora editada tendo como fundamento os princípios da impessoalidade, moralidade e da eficiência. O STF posicionou-se pela constitucionalidade do Ato e ainda editou a Súmula Vinculante nº 13, ampliando a vedação ao nepotismo para toda a Administração Pública. A Juridicidade surge a partir de uma reinterpretação constitucional do princípio da legalidade a fim de que a atuação do Estado venha a se pautar tanto pela legalidade quanto pela legitimidade democrática.

1.2.1 Os Princípios Republicano e Democrático

Os Princípios Republicano e Democrático servem de esteio para toda a estrutura jurídica do Estado pós-Moderno firmando-se, no caso do Brasil, ao lado dos princípios federativo e democrático, o que se convencionou chamar de núcleo essencial da Constituição. A devida compreensão destes postulados é de capital importância para o melhor entendimento sobre Direitos Fundamentais, Cidadania e Coisa Pública. De forma bem didática e sintética Luiz Cademartori ensina que o Principio Republicano “é o princípio reitor de todo o ordenamento jurídico que o adota, dele derivam e com ele devem estar de acordo todos os outros princípios constitucionais, assim como as demais normas jurídicas existentes e válidas.” (CADEMARTORI e CRUZ, 2009, p. 89).

Por sua vez, o termo República remete ao conceito de que determinadas coisas pertencem a todos indistintamente, à coletividade, ou seja, de que o Poder está a serviço do bem comum; e isso em pleno contraste ao termo Monarquia que por sua vez remete à ideia de mando, centralizado, vitalício e sem limitações. A forma de governo republicana expressa, portanto, uma maneira de limitar o poder absoluto contido na Monarquia. Tais restrições podem ser apontadas na proposição da separação de poderes, na temporalidade e alternância nos cargos eletivos e na responsabilidade do governante. Todavia, e apesar de serem institutos atrelados, a forma republicana não expressa a essência do Princípio em tela; neste ensejo pode-se dizer que “a República é a forma de governo na qual a Democracia se funde ao Estado de Direito.” (CADEMARTORI e CRUZ, 2009, p. 93).

Os Princípios em tela podem ser comparados a uma espécie de viga mestra da qual decorrem diversos outros princípios que convergem em um estado de espírito coletivo de respeito à titularidade de poder conferido aos cidadãos e de permanente zelo pela Coisa Pública. Sob este aspecto o termo democracia surge como um princípio complexo nele presente várias dimensões que refletem não somente a organização do Estado e participação

do cidadão, mas que também se difundem na organização e no funcionamento da Administração.

Sobre o Princípio Republicano bem leciona o eminente Ministro Ricardo Lewandowski (2005):

“[...] forçoso é concluir que o princípio republicano, enquanto complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, deve ser expandido em sua extensão máxima afastando neste processo todos os princípios, regras e atos que lhe sejam contrários. Convém lembrar, todavia, que a força imperativa desse princípio será tanto maior quanto mais elevado for o grau de maturidade cívica dos cidadãos e quanto mais conscientes estejam de que são titulares não só de direitos, mas também de deveres em face da coletividade.” (p. 199).

Portanto pode se dizer que tanto o Princípio Republicano quanto o Democrático impulsionam valores que vão para além dos institutos associados à forma republicana de governo, implica em seu bojo o ideal de superação das desigualdades, a do valor da participação popular, com a garantia de instrumentos jurídicos para tanto, a busca por restrições a privilégios e no que consiste ao tema do presente trabalho a questão da igualdade de acesso dos cidadãos aos cargos públicos por meio do concurso.

No âmbito da Administração Pública pode se observar a incidência do Postulado Republicano na manifestação dos clássicos princípios orientadores conforme o artigo 37 da Constituição de 1988, impondo aos agentes do Estado que fiquem adstritos aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência numa clara demonstração de que no exercício de suas funções estes devem agir de forma lícita, imparcial, produtiva e transparente, visto que lidam eles com bens que não lhes pertencem e sim à coletividade. Tamanha foi a preocupação do constituinte que a própria Carta permite, como instrumento de controle, que qualquer cidadão possa vir ajuizar ação popular no intuito de anular ato lesivo ao patrimônio público.

Em síntese, os somatórios dessa variedade de vertentes centralizam-se nas ideias Republicana e Democrática sendo estes os vetores de motivação dessa busca pelo interesse, conservação e resguardo daquilo que é público. Assim pode-se concluir que quanto maior for o controle popular, quanto maior for a tomada de consciência acerca do Bem Comum e a necessidade de distinção desse Bem sobre os interesses particulares, maior será o exercício da cidadania e conseqüentemente, mais republicanas serão as ações do Estado e mais democrático será o Poder.

1.2.2 Da Supremacia do Interesse Público

O processo de modernização e reestruturação conceitual do Direito Administrativo levou a um choque de enfreteamento teórico de diversos fundamentos da matéria. Talvez o choque mais dramático se deu a partir dos questionamentos acerca do Interesse Público e sua superioridade sobre o privado, tema tido como pilar do Direito Administrativo tradicional. Nesse esteio, não obstante os impositivos da legalidade, haveria uma posição privilegiada da Administração nas relações com os particulares.

Humberto Ávila (2007) descrevendo a posição tradicionalmente aceita pela doutrina sintetiza que:

“No bojo desse ‘princípio’ - descrito como um ‘princípio da supremacia’ – está a ligação das normas administrativas ao Interesse Público que visam a preservar, bem como o exercício da função administrativa pelos órgãos administrativos, ao quais é defeso representar interesses meramente pessoais, senão que devem atuar sobre o influxo da finalidade pública instituída pela lei. É também a partir desse ‘princípio’ que se procura descrever a indisponibilidade do interesse público e a exigibilidade dos atos administrativos, assim também a posição de supremacia da Administração e seus privilégios frente aos particulares especialmente os prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial e a presunção de validade dos atos administrativos.” (pp. 1,2).

Como se espera, as atividades do Estado devem verter em benefício da coletividade, do contrário, estar-se-á diante de flagrante desvio de finalidade, de modo que não é o indivíduo isoladamente que usufrui da atividade estatal, mas este a recebe integrado ao grupo social como um todo. Ocorre que se assiste a uma contínua relativização da dicotomia das relações entre o público e o privado, que associados às noções republicanas e democráticas, tem dado força a um uma ideia de “desconstrução” do princípio da supremacia do Interesse Público.

Carvalho (2010), todavia, alerta para os riscos dessa tendência mais moderna ao defender que melhor seria se houvesse uma “reconstrução” do Interesse Público adaptado às novas dinâmicas sociais, mas não a sua “desconstrução”:

“Algumas vezes se tem levantado atualmente contra a existência do princípio em foco argumentando-se no sentido da primazia dos interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorre determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura às particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relações jurídicas, é mais evidente ainda que como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos

fundamentais não exclui a densidade do princípio, este é na verdade, o corolário natural do regime democrático calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita, ‘reconstrução’”. (p.35).

Por sua vez, Gustavo Binbenbojn sustenta que a origem dos pilares do Direito Administrativo tem a negativa marca do autoritarismo; ensina que “a associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico (...) repetido por sucessivas gerações.” (BINENBOJN,2005,p.3); sustenta ainda que os institutos peculiares da matéria, tais como a supremacia do Interesse Público, as prerrogativas, a discricionariedade, a insindicabilidade do mérito dos atos; na verdade, surgiram para reproduzir as mesmas práticas autoritárias vivenciadas no Antigo Regime que mesmo frente ao Estado de direito que surgia na França, não foi capaz de submetê-las; ao contrário, “serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.” (BINENBOJN,2005, p.3). No Brasil, tais assertivas permaneceram face ao importado modelo francês, associado às características da cultura política e administrativa brasileira que por aqui serviram para aguçar ainda mais a crise do modelo europeu, diante do Neo Constitucionalismo.

Para Humberto Ávila a supremacia do Interesse Público não é rigorosamente um princípio jurídico ou uma norma-princípio, tampouco um postulado explicativo do Direito Administrativo, mas tão somente serve para “a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma condição necessária à explicação do ordenamento jurídico” (ÁVILA,2007, p.24). Para o renomado professor o Interesse Público não pode ser descrito sem a devida referência a uma situação concreta inserida na relação Estado-Cidadão, e “sendo assim, em vez de um princípio abstrato de supremacia, teríamos ‘regras condicionais concretas de prevalência’, variáveis segundo o contexto.” (ÁVILA,2007, p.29). Para tanto faz-se necessária a aplicação das técnicas de ponderação para então se determinar, no caso concreto, o que deve ou não ter prevalência. “A ponderação deve primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger ao máximo esses mesmos bens.” (ÁVILA,2007, p.29). Observa-se que esse posicionamento é bem diferente da tradicional supremacia que estabelece previamente algo em favor do Interesse Público.

Nessa trilha retorna-se ao assunto “desconstrução”. Gustavo Binbenbojn expõe contundentes críticas a renomados autores clássicos do porte de Hely Lopes, Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Di Pietro, entre outros, pontuando suas divergências à

doutrina tradicional. Segundo o professor, os autores clássicos defendem alguns pontos contraditórios, cuja linha de argumentação não se sustenta e “ao cabo e ao fim, faz cair por terra todo o encadeamento lógico.” (BINENBOJN, 2005, p. 11). A título de exemplo extrai que a doutrina convencional sustenta que os interesses individuais e privados situam-se em um plano coletivo que por fim irá determinar o bem-estar da coletividade; contraditoriamente, então defendem a noção de interesse público como sinônimo de interesse coletivo, ao mesmo tempo em que se posicionam pela separação entre tais interesses de modo que, segundo Binenbojn, se torna difícil verificar com exatidão as premissas teóricas.

Prossegue o autor que a teoria clássica defende assim uma concepção unitária de interesse público, bem como que há uma evidente dicotomia entre público e privado; de forma que, o Interesse Público se torna a sede principal do Direito Administrativo ou ainda o fundamento justificador da função administrativa. O autor sustenta suas críticas fundado que na verdade, quando os interesses particulares e o público entram em colisão não será a presença da dita supremacia que resolverá a questão, mas a aplicação dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Ademais a configuração de uma superioridade nata e abstrata em favor da Administração também não se coaduna aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade:

“Tal é um equívoco comum na doutrina pátria: aponta-se como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa. Ora, os interesses particulares e individuais que se cuida, na análise do princípio, não são, por evidente, aqueles ilegítimos, assim considerados por força de outras normas constitucionais.” (BINENBOJN, 2005, p. 11).

Sob este aspecto, ressalta que quando há restrições impostas aos particulares, estas são dadas por imperativo constitucional, como no caso da desapropriação, ou seja, os eventuais efeitos da supremacia basicamente se aplicam diante da legalidade e não por incidência da dita supremacia. Há uma direção finalística em favor do interesse público e essa direção tem respaldo na Constituição e nas leis.

Argumenta por fim que há uma pluralidade de Interesses Públicos, cabendo ao intérprete exercer o devido juízo de ponderação no fito de se alcançar a máxima realização dos direitos envolvidos funcionando assim como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração e conclui afirmando que não se nega a existência do conceito de Interesse Público no sentido de dever do Estado em promover o bem coletivo, mas o que lhe acomete é que o Interesse Público comporta uma variedade de interesses difusos, individuais

e particulares, não cabendo estabelecer previamente a prevalência de um sobre outro. Na eventual incidência de conflitos de interesses há de valer o exercício da ponderação, tendo a Constituição e as leis como norteadores da proporcionalidade. “Tais *standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a incerteza jurídica total provocada por juízos de ponderação discricionários produzidos caso a caso.” (BINENBOJN, 2005, p. 20).

Sobre o assunto, Rafael Oliveira se manifesta refletindo que o debate sobre este quesito se justifica pela própria dificuldade de se estabelecer o real significado do termo ou o estabelecimento de um conceito uniforme; nesse esteio, Oliveira também compartilha a ideia de que não há dissociação entre interesses públicos e privados. “O conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atuação do Poder Público deve pautar-se pela defesa dos direitos fundamentais.” (OLIVEIRA, 2015, p. 37). Compartilha ainda o entendimento da existência de pluralidade de interesses que são conectados e sustenta que “(...) é inadmissível a fundamentação da atuação estatal em abstrato e indecifrável interesse público (‘razões de estado’) típicos de atuações arbitrárias.” (OLIVEIRA, 2015, p. 37) e conclui:

“Não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas sim finalidades públicas normativamente elencadas que não estão necessariamente em confronto como os interesses privados, razão pela qual seria mais adequado falar em ‘princípio da finalidade pública’ em vez do tradicional ‘princípio da supremacia do interesse público’, o que reforça a ideia de que a atuação estatal deve sempre estar apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico. A atuação do Poder Público não pode ser pautada pela supremacia do interesse público, mas, sim, pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos.” (OLIVEIRA, 2015, p. 38).

Diante do aqui exposto neste tópico vale ressaltar que as menções ao termo ‘Interesse Público’ presentes doravante neste trabalho irá referir-se ao Interesse Público legítimo, ponderado e democrático.

Outrossim, pode-se tecer as seguintes considerações pertinentes ao tema do trabalho:

- a) O Interesse Público deve ser visto dentro da lógica do Estado Democrático de Direito;
- b) Não há como justificar uma vedação ou limitação de controle pelo Poder Judiciário ao concurso público sob a mera alegação de que esta ou aquela ação,

no decorrer do certame, justifica-se pela incidência da dita supremacia do Interesse Público;

- c) O concurso público envolve necessariamente conflitos de interesses, entre Estado e cidadão ou mesmo entre os cidadãos candidatos. Esses eventuais conflitos devem ser resolvidos considerando os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade, da proporcionalidade e razoabilidade.

1.2.3 Da Boa Administração

A denominada Boa Administração é alçada, segundo hodierna doutrina, ao *status* de Direito Fundamental consistente em um dever do administrador público em pautar suas ações segundo os princípios da CF/88 no intuito de melhor atender o Interesse Público, para Juarez Freitas é “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.” (FREITAS, 2014, p.21). Tendo como consequência a constitucionalização da própria gestão pública.

Na verdade, não se trata de um novo Direito Fundamental, mas de uma construção doutrinária e jurisprudencial que segundo Freitas é inspirado no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FREITAS, 2014, p.13). A construção se dá a partir do arcabouço teórico do Direito Fundamental à Boa Administração previsto no ordenamento jurídico Europeu e da constatação de que há diversas semelhanças no conjunto dos variados princípios e normas aplicados à Administração Pública no Brasil, pelo que se observa que, embora o termo não conste explícito na nossa Constituição, essa assegura um similar feixe de direitos tal como aqueles que no velho Continente se denomina de Boa Administração. *In verbis* assim consta na mencionada Carta Europeia em seu artigo 41:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas Instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos

danos causados pelas suas Instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às Instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Fica assim evidente a configuração principiológica da imparcialidade, da duração razoável do processo, da ampla defesa e contraditório, da motivação dos atos, à reparação civil por danos causados pela Administração. Desse reconhecimento decorre a necessidade de que as normas constitucionais tenham aplicação direta e imediata em sua máxima efetividade e densidade normativa, proporcionando aos cidadãos o direito subjetivo de exigir do Poder Público o cumprimento por via das ações constitucionais e demais normas constantes no ordenamento jurídico.

Sob este ponto de vista a ação do Estado seja no planejamento de políticas públicas, nas relações contratuais, ou no exercício da função administrativa, deve ser devidamente planejado, coordenado e orientado de modo a garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais. Ora, o Direito Administrativo tradicionalmente voltado a regulação do Estado sob o prisma da legalidade, hoje vê-se atrelado ao conjunto normativo da Constituição e bem mais focado ao cidadão, destinatário da proteção almejada pela Carta. Nesse sentido, a Boa Administração se traduz na metamorfose das tradicionais obrigações da Administração Pública em direito subjetivo e, portanto, exigível pelo administrado. Pode ser compreendida e verificada no devido combate ao desperdício, na implementação de ações produtiva, na política de sustentabilidade, no respeito ao meio ambiente; nas escolhas discricionárias, que devem ser pautadas pela ética, voltada ao verdadeiro interesse público; transparência nas variadas ações, motivação dos atos administrativos, incentivo à participação social, entre outros.

Juarez Freitas (2014) em sua obra sintetiza o princípio:

“No conceito formulado abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos:

- a) O direito à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não definitivamente);
- b) O direito à administração pública sustentável, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes futuras sem

- impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional;
- c) O direito à administração pública dialógica com amplas garantias de contraditório e ampla defesa e motivação explícita clara e congruente;
 - d) O direito à administração pública imparcial e desviesada, isto é, aquela que, evitando os desvios cognitivos não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove as discriminações inversas ou positivas (reduzoras das desigualdades iníquas);
 - e) O direito à administração pública proba, que veda condutas éticas não universalizáveis;
 - f) O direito à administração pública temperada;
 - g) O direito à administração pública preventiva precavida eficaz (não apenas economicamente eficiente) e comprometida com os resultados compatíveis com indicadores de qualidade de vida em horizonte de longa duração.” (p.167).

No campo prático isso se traduz na busca pela eficiência administrativa. Nota-se assim a importância do papel que o cidadão deve exercer perante o Estado, ao exercer papel mais ativo nesta perspectiva de governança democrática, de modo a exigir do Estado a Boa Administração guardada a devida coerência com os demais direitos fundamentais.

Apesar de recente, o direito à Boa Administração já surge em julgados de diversos Tribunais. Seguem dois, a título exemplificativo:

STF – ARE 639013 CE. Relator: Min. CARMEN LUCIA. Publ.: 05-05-2011. Relatório 1. Agravo nos autos principais contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso extraordinário foi interposto contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Ceará: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO (ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA). A ACUSAÇÃO E O FORMALISMO COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO. INOBSERVÂNCIA. MILITAR. ATO DISCIPLINAR. CAUSA LEGÍTIMA. BIS IN IDEM.

TJRS Apelação Cível. AC 70038157913. Relator (a): Des. Leonel Pires Ohlweiler. Nona Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 16/02/2011. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. DÉBITO INEXISTENTE. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO.

O ajuizamento de ação fiscal em razão de débito de IPTU inexistente, decorrente da desídia do ente público na identificação do correto devedor, constitui-se em ilícito indenizável. Precedentes da Corte. Caso em que a ação executiva foi ajuizada em desfavor de quem não era proprietário do imóvel que gerou o débito de IPTU. Violação do direito fundamental à boa Administração Pública caracterizada.

1.2.4 Da Motivação dos Atos

Outro ponto de relevantes considerações consiste na obrigatoriedade quanto a motivação dos atos administrativos.

Antes, contudo, importa tecer alguns comentários a fim de diferenciar os institutos do motivo e o da motivação, não obstante algumas divergências doutrinárias que incidem sobre os conceitos. Em suma, motivo é aquela situação que justifica a criação de determinado ato administrativo, é, pois; a causa, a razão do ato. Rafael de Oliveira entende que o motivo será de fato, quando se referir a ato discricionário, enquanto que nos atos vinculados, o motivo será de direito, sinalizando que na situação de direito, restará à Administração tão somente verificar na lei a presença dos respectivos motivos nela elencados, que uma vez ocorrendo acarretará obrigatoriamente a edição do ato. Por sua vez, em se tratando de situação de fato, a lei abre um campo de motivos, cabendo, então à Administração Pública escolher subjetivamente e entre as opções apontadas na lei, aquela que for a mais adequada, oportuna e conveniente. “No motivo de fato, a escolha é do administrador e no motivo de direito a escolha é efetivada pelo legislador. Enquanto o motivo de fato é discricionário, o motivo de direito é vinculado” (OLIVEIRA, 2015, p. 280). A motivação, por outro lado, exprime de modo claro e textual todas as situações que levaram o agente competente a editar o ato, é, pois, a exteriorização dos motivos que justificaram a edição do ato administrativo, em regra, através do uso da expressão “considerando” antes de cada razão motivadora.

Sobre a obrigatoriedade da motivação, há várias controvérsias doutrinárias sobre a questão. Para Carvalho “não tem havido uma análise mais precisa e técnica a respeito do tema”. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 125) havendo verdadeiras confusões acerca dos conceitos envolvidos tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Entende o renomado administrativista que os institutos “motivo” e “motivação” são sinônimos, não obstante o uso consagrado do termo “motivo”; o melhor então, propõe, seria abandonar a distinção e se considerar como indispensável “a justificativa do ato, seja qual fora denominação que se empregue” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 125). Feitas estas considerações Carvalho se posiciona pela não obrigatoriedade da motivação visto que o Poder Constituinte na oportunidade assim não quis fazê-lo e que, por lado, também não o proibiu, concluindo então que a obrigatoriedade de motivação somente poderá ocorrer na incidência de norma legal expressa que assim a determine.

Juarez Freitas (2014) apresenta posicionamento bastante diverso, para o ilustre professor sulista trata-se de grave erro quando a Administração não promove uma motivação consistente de seus atos.

“Os atos administrativos passam a ser controláveis sob o influxo do direito à motivação, como reforço à segurança jurídica. Cogente, pois a motivação prévia ou concomitante que viabiliza o controle de todos os possíveis vícios de conteúdo dos atos discricionários e vinculados (...) jamais se pode dispensar a autoridade pública de motivar os atos administrativos que afetarem direitos, mesmo que atos vinculados.” (pp.73,74).

Em sua linha de pensamento entende que a necessidade de motivação está acoplada ao direito fundamental à boa administração. O Estado, portanto, deverá sempre promover a devida motivação no momento de suas escolhas administrativas sem ser tomado pelo deslumbre sedutor da discricionariedade, de modo que se faz necessário erguer no século XXI uma teoria do Direito Administrativo brasileiro mais próxima dos objetivos da nossa constituição.

De forma sempre muito didática e precisa Rafael Oliveira aponta ainda que a doutrina deslumbra quatro outras acepções teóricas a respeito do assunto: (i) a motivação é obrigatória para atos vinculados e é facultativa para atos discricionários; (ii) posição inversa à anterior, ou seja, motivação obrigatória para atos discricionários e facultativa para atos vinculados; (iii) posição semelhante à apresentada acima por Freitas, todavia, sob o fundamento do princípio democrático, no sentido de se dar maior possibilidade de controle social e (iv) a motivação deverá ocorrer somente nos atos administrativos com conteúdo decisório bem como naqueles em que há determinação legal.

Enumeradas as divergências Oliveira sustenta que quando o ato é motivado, ainda que não haja previsão legal para isso, o alcance de eventual controle social ou judicial será mais amplo, diminui-se a possibilidade de cometimento de arbitrariedades, aumenta a transparência, confere-se mais legitimidade à ação administrativa para então concluir afirmando que “(...) a obrigatoriedade de motivação é uma exigência constitucional que deriva dos princípios democrático, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório” (OLIVEIRA, 2015, p.282).

O posicionamento mais moderno, defendido por Freitas e Oliveira, é mais condizente aos valores republicanos e democráticos nesse afã de se adequar o Direito Administrativo às premissas jurídicas contemporâneas de um Estado de Justiça, Democrático e de Direito.

1.2 .5 Da Discricionariedade

O instituto da Discricionariedade surge a partir da constatação de que resta impossível à lei prever com exatidão todas as situações a que se pretendeu dispor, de modo que o denominado Poder Discricionário é tido como uma prerrogativa dada à Administração Pública no sentido de lhe caber o juízo de averiguar e valorar a conveniência e a oportunidade nas situações em que a própria lei faculta ao agente tal prerrogativa, sob a égide de se atender da melhor forma o interesse público.

Nesse esteio preconiza a doutrina administrativista que os denominados Poderes da Administração Pública são instrumentos para que esta possa atender e realizar as mais diversas atividades na função administrativa, que por sua vez deverão sempre ocorrer dentro dos limites legais e ou dos limites impostos pelos variados princípios. São, portanto, não uma faculdade da Administração, mas um poder-dever, uma vez que atrelados necessariamente ao atendimento das relevantes finalidades públicas da coletividade.

Essa característica de Dever, presente nos Poderes administrativos, é mais notória no denominado poder vinculado, entendido assim como uma restrição à Administração, tendo em vista que a lei determina todas ou quase todas as situações na qual o administrador poderá exercer sua atividade, por consequência não há espaço para a análise da oportunidade e conveniência. Na verdade, os juízos de ponderação para estes casos são realizados pelo legislador no momento da edição da lei.

Todavia, segundo Odete Medauar, a realidade cotidiana da Administração exige que mesmo a vinculação legal seja relativizada, considerando que, na prática, as situações de vinculação extrema são na verdade mínimas, havendo sempre algum espaço para algum juízo discricionário. “A doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário”. (MEDAUAR, 2002, p. 130). Nesse sentido não há como subsistir a distinção rígida entre os Poderes, mas sim, a verificação de qual enfoque é o mais determinante no momento da expedição do ato.

O Poder Discricionário surge no esteio da Revolução Francesa através do Conselho de Estado fazendo-se presente no ramo do direito público em toda a Europa no decorrer XVIII, como consagração da noção de Separação dos Poderes, sendo de extrema relevância ao Poder Executivo, dentro dessa lógica, na qual a manifestação máxima do Poder Legislativo é a edição da lei; a do Judiciário o prolatar a sentença; e a do Executivo a edição dos atos

administrativos; sendo os atos discricionários imbuídos ainda de maior expressão visto que neles cabe o juízo de mérito do ato, enquanto que nos vinculados a legislação já o vinculou em todos os aspectos. Trata-se, portanto, de significativo poder conferido ao administrador, que apesar da relevante prerrogativa, tal poder não será absoluto e intocável.

Esta configuração do Estado buscou o equilíbrio de forças entre os poderes constituídos de forma a se tornarem harmônicos e independentes, em contraposição ao Antigo Regime, notadamente centralizado e arbitrário. O novo momento histórico introduzia a lógica dos poderes limitados e o Estado submetido ao império da lei.

O juízo de conveniência e oportunidade constituem o mérito do ato administrativo discricionário, nada obstante, como se verá à frente, a tendência da moderna doutrina administrativa caminha no sentido de se abolir a dicotomia tradicional de se classificação dos atos administrativos entre vinculados e discricionários, propondo um modelo aberto desses atos, sendo estes dotado de nuances variáveis quanto ao controle. Todavia no decorrer do trabalho irá se utilizar a denominação tradicional, ao se referir como vinculados aqueles atos sem qualquer margem de liberdade de escolha por parte do administrador, e discricionário àqueles com a possibilidade de juízo de mérito administrativo.

Pela doutrina tradicional “(...) a conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 54). Por conseguinte, o juízo de mérito administrativo relaciona-se com o querer ou não querer praticar o ato, com o como e o quando praticar o ato, bem como em escolher a melhor ação entre aquelas elencadas na lei. O exercício da discricionariedade é uma atividade excepcional da Administração Pública, tendo no ato vinculado a regra geral. A excepcionalidade decorre justamente da imprevisibilidade acerca das infindáveis situações possíveis, por mais detalhada que venha ser a lei. Outro ponto da doutrina tradicional diz respeito à insindicabilidade dessa espécie de ato, ou seja; para esta corrente, não caberá o controle judicial no que se reporta ao juízo de conveniência e oportunidade quando no exercício da função administrativa.

A resistência que se conserva quanto ao controle se fundamenta basicamente em duas premissas: a primeira é a de que é a Administração Pública, e não o Judiciário, é quem está diante do problema (a situação desencadeadora do ato) e em razão da bagagem burocrática que lhe é peculiar, associada a toda expertise adquirida ao longo tempo; o administrador, surge, portanto, como o agente estatal mais capacitado a tomar a decisão correspondente. A segunda premissa, que será objeto de maiores considerações a seguir, baseia-se na noção de

Separação dos Poderes, sob o fundamento de que não se comporta a ingerência de um Poder sobre outro, face a independência que deve prevalecer entre eles.

Mauro Mattos (MATTOS, 2005, p.16) sustenta que a experiência da Separação dos Poderes, no século XVIII, se deu no esteio do pensamento filosófico fervente à época, tornando-se evidente sua aplicação quando da criação do Conselho de Estado na França, o denominado contencioso administrativo, tendo como um dos pressupostos a proteção do nascente Estado, sendo vedado aos Tribunais o julgamento dos litígios de natureza administrativa. Gustavo Binbenbojn aponta que a criação do Conselho na verdade era um impositivo do novo grupo revolucionário que chegara ao poder que sustentavam a lógica de que caso fosse possível que o Poder Judiciário julgasse a Administração, estaria o juiz, na realidade, exercendo plenamente a função administrativa. Desta forma, sob o mando da Separação, a Administração Pública expandiu consideravelmente a esfera de liberdade decisória, restando imune ao controle judicial. Prossegue Binbenbojn que a Separação era mera pretexto à manutenção da imunidade, típica do Antigo Regime “Se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e desenvolvimento da dogmática administrativa, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos.” (BINENBOJN, 2005, p.5). Tal pensamento doutrinário firmou-se ao longo do tempo e do espaço, expandindo-se a outros países, com ressalva àqueles que adotaram o sistema jurídico de *common law*.

Portanto a origem dessa postura deu-se nem tanto pelo ideal da Separação, mas principalmente pelo fato de os magistrados terem sido nomeados na vigência do Antigo Regime e à época considerou-se que eventual controle judicial se daria na realidade pelos antigos nobres franceses, situação essa que passado o curso do tempo se consolidou na forma da insindicabilidade dos atos discricionários.

Paulatinamente, à medida da natural evolução sócio-política e cultural, houve um progressivo abandono da ideia de insindicabilidade total dos atos discricionários. Resumidamente três teorias foram marcantes neste processo:

- a) Teoria do Desvio de Poder ou do Desvio de Finalidade. Tem sua origem no Conselho de Estado francês permitindo-se ao Poder Judiciário a invalidação do ato quando em presença dos mencionados desvios;
- b) Teoria dos Motivos Determinantes. Também de origem francesa e consiste na noção de que a validade do ato administrativo está relacionada às razões motivadoras do ato e da existência concreta de tais motivos, ainda que a motivação tenha se dado ato administrativo no qual a lei venha a exigir a

exteriorização dos motivos de modo que havendo motivação, de modo que comprovada que a motivação não é verdadeira, o ato será invalidado;

- c) Teoria da Incidência dos Princípios ou do Controle pela Juridicidade. É a que surgiu por último, já no esteio do Neo Constitucionalismo e Pós Positivismo. Exige-se a compatibilidade entre os atos administrativos e os princípios consagrados no Direito, promovendo assim a maior possibilidade de controle judicial.

A discricionariedade passa da vinculação estrita à lei para à juridicidade proveniente da Constituição e dos princípios em geral, de forma a coibir abusos e arbitrariedades. Contudo cabe ressaltar que “o ideal do Estado não é o extermínio da discricionariedade, mas a sua juridicidade, entendida como modo de realização do Direito” (MATTOS, 2005, p. 19) ou ainda como ensina Juarez Freitas ao ressaltar que a proposta não é de ingerência total dos atos administrativos aqui entendidos como vinculados ou discricionários, mas; sim, a efetiva vigilância quando da incidência de vícios decorrentes da inadequação sistêmica, seja por excessos ou omissões no exercício da atividade administrativa. (FREITAS, 2014, p.61).

Outro fato relevante a ser considerado está no postulado da proporcionalidade que deverá permear toda a ação estatal, como bem diz Gustavo Binbenbojn “o Estado Democrático de Direito é um Estado de ponderação. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser considerada como medida otimizada de todos os princípios.” (BINENBOJN, 2008, p.11), de modo que no direito moderno a técnica de ponderação de princípios atrelada ao princípio da proporcionalidade passa a ser considerada como medida que precisa ser aplicada nas mais diversas manifestações do Estado. Na precisa lição de Carvalho (2010):

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder e o fim a que se destina é exatamente o de conter erros, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapasse os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excesso e proporcionalmente ao fim a ser atingido.” (pp.44,45).

Prossegue o eminente administrativista que o princípio da proporcionalidade, na esteira da doutrina alemã, se reveste de três fundamentos: (i) o da adequação, pela qual deve haver compatibilidade entre o meio empregado e o fim a que se quer alcançar, (ii) o da exigibilidade, ou seja, a ação adotada deve ser de fato necessária e somente deve ocorrer caso

não exista outra possibilidade de se utilizar um outro meio menos gravosos ou oneroso, (iii) o da proporcionalidade em sentido estrito que significa que a vantagem a ser alcançada deve superar as desvantagens. Conclui então Carvalho que a proporcionalidade constitui instrumento de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a natureza do ato.

Outra questão que faz ainda aumentar a polêmica sobre o assunto consiste nas questões que envolvem os chamados conceitos jurídicos indeterminados, estes são, pois, como já indica a expressão, conceitos em que a própria linguística não favorece a determinação do que venha a ser com exatidão; são valores carregados de subjetividade, vagos e imprecisos, presentes em termos como “motivo torpe”, “falta grave”, “moralidade pública”, “interesse público”.

Leciona André Saddy que o levantamento do assunto se deu inicialmente na Áustria no século XIX, a partir dos questionamentos acerca da possibilidade de se exercer controle judicial quando a legislação faz uso dos tais conceitos indeterminados. Desses questionamentos surgiram diversas celeumas doutrinárias. Sustenta o autor que são três incertezas semânticas que são responsáveis pelas inúmeras dificuldades: a primeira é a polissemia, que consiste em uma pluralidade de significados no termo; a segunda é a vagueza que consiste na imprecisão do significado, de forma que a palavra não possui uma fronteira definida capaz de delimitar a extensão; a terceira é textura aberta, ou seja, a verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas capazes de gerar dúvidas acerca da melhor aplicação (SADDY, 2014, p. 228). Prossegue o autor no fito de se estabelecer um conceito à expressão:

“Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que não podem traçar precisamente, que não deixam a seu intérprete compreensão exata de quais significados possui o objeto ou a realidade abarcada, ou seja, são os conceitos que deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando são visualizados no caso concreto.” (SADDY, 2014, p. 232).

Tem-se que estes termos possuem tanto um núcleo de significado preciso e outro vago. Ao utilizar-se a expressão “falta grave” é nítido que se um servidor público chegar em sua lotação sem estar barbeado, não cometeu falta grave; situação bem diversa ocorre se este vier a agredir um colega de trabalho. A grande dificuldade se dá justamente quando a situação concreta ocorre justamente na área indefinida do conceito indeterminado. Rafael Oliveira (2015) leciona que a falta de exatidão impõe severos limites à interpretação.

“É possível extrair determinadas certezas dos conceitos jurídicos indeterminados: zona de certeza positiva (hipótese que se inserem no

conceito) e zona de certeza negativa (situações que não são englobadas pelo conceito). Entre as ‘zonas de certeza’ encontra-se a denominada ‘zona de penumbra’ (ou ‘zona de incerteza’) que compreende hipóteses que geram dúvidas no intérprete sobre a sua adequação ao conceito indeterminado.” (p. 285).

O tema ainda é controverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A doutrina nacional de início sustentou duas linhas de pensamentos em relação ao exercício da discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Na primeira linha defende-se não existir qualquer distinção entre as atividades, partindo da ideia de que quando se está diante de um conceito impreciso, isto levará necessariamente à competência discricionária. A segunda corrente estabelece a plena distinção entre ambos, considerando que haveria nenhuma margem de escolha à Administração quanto a interpretação dos conceitos imprecisos, pois este ficaria adstrito tal como se dá nos atos vinculados. Segundo esta linha de argumento não há discricionariedade na interpretação dos conceitos indeterminados, ou seja, na discricionariedade haverá uma atuação volitiva do administrador, enquanto que nos conceitos indeterminados haverá alguma construção intelectual criativa. Sobre este aspecto Medauar (2002) sustenta que:

“(…) havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundadas na noção, o poder discricionário se exerce.” (pp. 138,139).

Carvalho discorrendo sobre o assunto aduz que os institutos da discricionariedade e dos conceitos indeterminados se situam no campo de atividade não vinculada da Administração, ou seja, não há vinculação legal que estabeleça padrões objetivos para a atuação administrativa, devendo a adequação da conduta administrativa pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. “O certo é constatar que a indeterminação dos institutos não pode conduzir à imunidade de controle. Em outras palavras, cabe afirmar que a razoabilidade representa uma barreira de contenção, ou seja, um limite contra condutas irrazoáveis.” (CARVALHO, 2010, p. 59). Busca-se, portanto, uma solução justa, entre as possíveis soluções. Para André Saddy na zona de incerteza estarão presentes tais conceitos com diferentes sentidos, porém todos eles válidos e que poderão em certos casos gerar ao administrador certa margem de subjetividade e autonomia. “A Administração Pública, como autoridade de aplicação, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia os limites jurídicos” (SADDY, 2014, p. 241).

Sob este aspecto pode-se diferenciar que na presença de conceitos jurídicos indeterminados não há um limite legal e a valoração do conceito deve permanecer precipuamente com a própria Administração, ou seja, o controle deve ser muito mais delicado e cuidadoso, enquanto que no exercício do Poder Discricionário, a própria lei impõe os limites da atuação administrativa, bem como a incidência dos princípios também restringem a ação administrativa, o que por fim favorece o controle judicial externo. Todavia, nesses casos sustenta-se que o controle judicial deva ser exercido com a devida parcimônia; entende-se, por conseguinte, que pesa a favor da Administração, a incidência de uma área maior de Apreciatividade que resultaria na impossibilidade de o Poder Judiciário vir a substituir ou modificar a decisão tomada na função administrativa. Considera-se assim a presença de mais bagagem e especialidade do administrador para estas situações.

A doutrina moderna apresenta ainda outro aspecto que se destaca, qual seja a denominada discricionariedade técnica. Os conceitos indeterminados e os conceitos técnicos são formas de indeterminação do Direito, uma vez que o campo de solução do problema encontra-se fora da ciência jurídica, indo ora para a análise dos fatos, ora para a análise em outras áreas de conhecimento. Nestes casos, a tomada de decisão deve ser pautada na segurança do conhecimento científico específico, de forma que tais conceitos, em sua elaboração, tem a contribuição de um corpo técnico e de servidores especializados. A questão nesse ponto do estudo é o de saber se tais conceitos técnicos e extrajurídicos podem ser alvo de juízo de valor pelo Judiciário, tendo em vista que é certo que o magistrado não detém o conhecimento de todas as ciências, e ainda que venha valer-se do auxílio de especialistas, deve-se levar em consideração em até qual ponto é legítima a substituição da análise realizada pelo perito do juízo em substituição daquela já realizada pelos especialistas da Administração.

André Saddy alerta que o conceito de discricionariedade técnica tem características ainda não solidificadas pela doutrina e apresenta variadas conceituações. Em síntese pode-se afirmar esta qualificação da discricionariedade consiste na “valoração de conceitos jurídicos que remetem finalmente apenas a critérios técnicos.” (SADDY, 2014, p.247), abrangendo ainda todas as expressões, condutas e atos administrativos que se valham de regras técnicas para se encontrar a solução:

“A mencionada discricionariedade técnica concerne a todo e qualquer exame de fato ou situação que tenha como suporte o conhecimento técnico e científico, derivado de regras médica, de engenharia, biológicas, entre outras. À parte de tais concepções, o termo discricionariedade técnica, também é utilizado para fazer referência a setores complexos da Administração em que órgãos específicos do respectivo campo do

conhecimento realizam uma intensa inter-relação entre apreciações técnicas e discricionariedade” (SADDY, 2014, p.249).

Vale ressaltar a firme posição de Fábio Medina Osório sobre a matéria. Medina defende que discricionariedade técnica impõe limites bastante estreitos ao administrador, e que em diversos casos resta incompatível a conclusão das decisões judiciais face a presença do teor técnico envolvendo a lide. “Parece-nos evidente, aqui, a necessidade de os Tribunais supervisionarem e controlarem os paradigmas técnicos fundamentais, sob pena de darem respaldo ao arbítrio e à ilegalidade administrativa.” (MEDINA, 2010, p.6). Sustenta ainda o ilustre professor que diante dos substratos técnicos estes podem e devem ser devidamente controlados e fiscalizados, devendo tais substratos tornarem-se as margens da liberdade de opção do administrador, sob pena de esvaziar-se o sentido lógico da discricionariedade técnica.

O último ponto a ser abordado neste breve estudo sobre a discricionariedade administrativa tratará da Teoria dos Graus de Vinculação. A referência para qualquer ato do Estado, seja administrativo, a lei ou a decisão judicial, deve ter os direitos fundamentais como parâmetro, visa-se garantir que a interpretação e aplicação das leis e atos se vinculem ao direito fundamental de modo a otimizá-lo ao máximo. Tal empreendimento, por conseguinte afeta a discricionariedade administrativa a ponto de se permitir nuances de maior ou menor vinculação.

A ideia de vinculação à lei não mais se resume à antiga lógica na qual administrar é aplicar a lei de ofício. Pelo velho chavão da legalidade, no âmbito do direito público; o agente somente poderá agir quando a lei o permitir. Assim, a lei em sentido amplo estabelece o quadro normativo donde se manifestava a licitude da vontade estatal expressa nos atos administrativos. Atualmente vislumbra-se a análise dos atos de modo mais amplo do que a mera acomodação legal. É esta a noção preconizada pelo princípio da juridicidade, de modo a forjar a atividade administrativa a vincular-se à ordem jurídica como um todo, impondo-se à Administração Pública a vinculação direta à Constituição e aos seus princípios, tal variação representa uma nova forma de se observar o instituto do controle dos atos administrativos.

Pelo que já se descreveu, historicamente haveria uma impossibilidade de controle do Poder Judiciário, pela noção clássica de discricionariedade, há um livre espaço de decisão, no qual a Administração atua livremente segundo critérios subjetivos. Essa posição clássica da doutrina determinou uma rígida dicotomia entre vinculação e discricionariedade, que dentro do estágio atual de evolução do Direito não mais subsiste.

Trata-se, portanto, de um avanço na possibilidade do controle judicial baseado em uma mudança de paradigmas, ficando prejudicada a dicotomia para se introduzir a noção de um sistema de variados graus de vinculação à juridicidade. A ideia de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico incluindo-se as normas regulamentares, os princípios e regras constitucionais, consiste na formação de amplo sistema norteador. Dessa maneira, os atos da Administração Pública seriam controlados de acordo com o maior ou menor grau de vinculação a esse sistema. Verifica-se, portanto, que o mérito do ato não mais pode ser tido intocável, uma vez restam presente a incidência de diversas normas legais.

Dessa forma, pode-se classificar os atos administrativos em:

- (a) atos vinculados por regras;
- (b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados;
- (c) atos vinculados diretamente por princípios.

Os atos vinculados por regras seriam, então, aqueles que portam o mais alto grau de vinculação à juridicidade, considerando que as regras possuem caráter mais específico e estático, contendo a descrição dos fatos bem como a conduta. Caberia, portanto, à Administração Pública tão somente realizar o comando expresso na regra, sem qualquer margem de subjetividade, e ao Poder Judiciário tão somente verificar o acerto do administrador no cumprimento e na execução da norma.

Por sua vez, os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, que por sua vagueza e abstração, exigem certo juízo de valoração ou mesmo a utilização de critérios técnicos como instrumentos concretizadores da ação administrativa; estes, portanto, encontram-se em posição intermediária entre os graus de vinculação, exatamente porque estando o significado do conceito na zona de penumbra o grau de Apreciatividade do administrador torna-se maior, justamente face margem de dúvida acerva de seu alcance e a preferência para que a própria Administração faça o devido juízo de valor.

Por fim, têm-se os atos vinculados diretamente por princípios estes exibem o mais baixo grau de vinculação, e por consequência possuem maior grau de controle judicial. Nestes casos a Administração Pública ao realizar determinada ação em conformidade a princípios como a moralidade e a impessoalidade, esta o faz dentro de um parâmetro que ela própria estabelece e que, contudo, o Poder Judiciário, poderá estabelecer parâmetro diverso julgando se houve acerto na ponderação dos princípios ou mesmo ou analisar a violação daqueles.

Desta forma, tem-se que o outrora denominado ato administrativo vinculado pode ser analisado como um ato no qual a Administração verifica diversos aspectos de forma objetiva, quanto a existência e validade, nestes casos praticamente não há espaço ao espaço ao mérito administrativo.

De igual modo, o outrora denominado ato administrativo discricionário é aquele em que a Administração deverá observar vários aspectos; muitos dos quais não previstos ou expressos na lei, cabendo assim uma análise mais complexa para se determinar o mérito administrativo.

Gustavo Binenbojn apresenta ainda dois outros institutos que servem para delinear a atividade de controle dos atos, naquilo que denomina de critério jurídico funcionalmente adequado. “Assim, as diversas figuras que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariiedade a zero) nada mais são do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico funcional.” (BINENBOJN, 2008, p. 18).

Acrescentam-se, portanto: a margem de Apreciatividade e a redução de discricionariiedade a zero. André Saddy discorre que são preceitos modernos ainda em desenvolvimento no Brasil. Na Europa, a Apreciatividade vem sendo tratada como uma discricionariiedade não autorizada ou não explícita, “uma discricionariiedade desviada”. Trata-se daquela margem de liberdade existente dada ao agente público na ausência de norma específica para atuar de forma compatível com o ordenamento, ou seja, nestes casos não há uma delegação explícita do legislador, mas ela de fato existe, e é inerente à função pública exercida pelo agente. Tal margem de liberdade torna-se distinta da clássica discricionariiedade. “É aquela margem de liberdade de que dispõe a Administração para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem.” (SADDY, 2014, p. 397)

Quanto à redução da discricionariiedade a zero, Saddy discorre que se trata daquelas situações em que a lei disponibiliza um leque de opções ao administrador e que, no entanto, perscrutando o caso concreto, verifica-se que apenas uma opção torna-se; diante da possibilidade de se estar atingindo algum princípio de direito ou algum outro dever imposto por lei. Nestes casos, a decisão do Poder Judiciário há de ser substitutiva, ou seja, anulando o ato administrativo “discricionário”, considerando que, nestes casos, os princípios ou demais regras produziram tamanha vinculação de forma a descartar as opções então discricionárias da Administração para então manter apenas uma única possibilidade de ação. (SADDY, 2014, p. 45).

Na mesma linha de pensamento, Binenbojn sustenta que o estudo dessas novas posturas acerca da discricionariedade administrativa “servirão como instrumental importante para a elaboração de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito”. (BINENBOJN, 2008, p. 18).

Diante do até aqui já exposto, verifica-se que a Discricionariedade tende a deixar de ser um espaço livre à intocabilidade para tornar-se cada vez mais restrito e sujeito às incidências externas que impõe meios para viabilizara um melhor controle do ato de forma a deixá-lo legítimo. Verifica-se, ainda, que no espaço aberto, há a aplicação de diversos princípios, os quais deverão ser devidamente ponderados, na verificação de se atender da melhor maneira possível o interesse público; busca e respeito aos direitos fundamentais; observa-se a tendência de motivação de todos os atos administrativos; têm-se o alcance da juridicidade no intuito de se promover a aplicação do ordenamento jurídico como um todo; tem-se a incidência da proporcionalidade; a aplicação da Teoria dos Conceitos Indeterminados e a Teoria dos Graus de Vinculação à juridicidade. Todos estes influxos têm promovido diversas alterações no modo de se enxergar a Discricionariedade atualmente.

Assim importa tecer breves considerações no encerramento deste capítulo:

- a) O Neo Constitucionalismo impôs profundos impactos no Direito Administrativo, importando contundentes reavaliações de muitos dos fundamentos basilares da matéria;
- b) Dentre esses, a noção de Interesse Público e sua supremacia são questionados, prevalecendo atualmente a relativização desse Interesse, de modo que, sob este aspecto, a ação do Estado deve ser legítima, para que se sustente que esta ou aquela ação foi promovida sob a batuta do Interesse Público;
- c) Os Princípios Republicano e Democrático tornam-se essenciais a toda estrutura dogmática e jurídica de um Estado Democrático de Direito, e nesse esteio o concurso público deve ser visto como um desdobramento da relevante participação popular isonômica e democrática quanto à Coisa Pública, importando que as regras de acesso às funções públicas sejam necessariamente reflexos de tais princípios;
- d) O reconhecimento da Boa Administração como direito subjetivo do administrado; neste contexto, do concursando, impõe que o Estado na

realização do certame público, venha a proceder de forma condizente às expectativas democráticas. A jurisprudência vem firmando o reconhecimento desse direito, como direito fundamental e, portanto, exigível pelo candidato;

- e) A defesa da moderna doutrina pela motivação de todos os atos administrativos é plenamente condizente ao ideal Republicano e Democrático, e em que pese as controvérsias doutrinárias, a devida motivação promove a ampliação da fiscalização do ato, de modo que quando devidamente motivada a decisão em eventual processo administrativo de questionamento acerca de concurso público, haverá a tendência em um futuro controle mais eficaz por parte do Poder Judiciário.

A evolução social, política, cultural e jurídica promoveu um percurso de transformações quanto a maneira de analisar e tratar a Discricionariedade administrativa que passou da total insindicabilidade, até o estágio atual em que predominam diversos meios que permitem seu controle e fiscalização. Todavia, observa-se uma resistência, sob a premissa da Separação dos Poderes e na premissa de especialidade da Administração na função. Na conjuntura do tema é notório a Discricionariedade da Administração, visto que é o Gestor Público que detecta a necessidade de novos agentes, bem como os critérios de seleção do perfil daqueles que pretende ter como parte do quadro funcional. Embora evidente a Discricionariedade, esta deve ser exercida observando os limites expostos. Outrossim, em diversos casos as questões do concurso envolvem discricionariedade técnica, o que impõe sérias restrições no âmbito de correção das provas, ou seja, o espaço discricionário quanto ao controle do concurso público, incluindo as questões de provas deve ser observado tendo em conta todos esses itens apresentados.

2. DO CONCURSO PÚBLICO

A regra do concurso público encontra-se presente no artigo 37, inciso II, da Constituição de 1988, onde se pode observar que o intento do constituinte segue a lógica de que as provas aplicadas devem ter o objetivo de medir o grau de conhecimento dos candidatos que devem, então, se submeter à prova de conhecimentos para demonstrarem que possuem a capacidade exigida para a função. O Concurso Público é, portanto, um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública procede ao recrutamento de recursos humanos para ocupar os cargos e empregos constantes no quadro. Tal procedimento se faz obrigatoriamente, por ditame constitucional, mediante a aplicação de provas ou de aplicação provas em conjunto ao exame de títulos. A regra abrange os cargos e empregos da Administração Direta e Indireta. Carvalho acrescenta que na avaliação do pessoal; o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica daqueles interessados na ocupação das funções públicas colocadas em concorrência. “Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.” (CARVALHO FILHO, 2010, p.679), representando o sistema de mérito ao introduzir um certame em que todos podem participar em igualdade de condições, sendo então selecionados os melhores candidatos. O acesso aos cargos e empregos públicos deve ser, portanto, o mais amplo e democrático possível, precedidos de um procedimento isonômico e impessoal.

Não há para os concursos públicos uma forma ou um determinado procedimento pré-estabelecido, podendo se apresentar sob diferentes formas, desde que prevista em lei, e devem se conduzir de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou do emprego que se persegue, conforme se estabeleceu na EC 19/1998¹. Pretendeu o legislador a possibilidade de se estabelecer procedimentos seletivos mais simples quando do preenchimento de cargos de menor complexidade, ou mesmo de se admitir procedimentos mais flexíveis para os empregos na administração indireta, todavia sem desvirtuar a exigência constitucional das provas ou das provas e títulos. Fica vedado, portanto, ainda que simplificando o processo, que o provimento dos cargos ou empregos se deem com base em entrevistas, análise de currículos, testes psicotécnicos, redação ou ainda; veda-se o exagero desproporcional seja no extremo rigor na

¹ A Emenda alterou a redação do art. 37 da Constituição Federal, fazendo constar no inciso II:

II - 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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

aplicação das provas, seja na realização de um processo meramente superficial apenas para cancelar algum tipo de favoritismo.

Importante ressaltar a importância do conceito de concurso como um procedimento ou processo administrativo, ou seja, de que se trata de um conjunto de atos sequenciais que visam um determinado resultado final. Diante disso é frequente o conflito de interesses tanto entre os concorrentes à vaga, ou entre os concorrentes e a Administração, do que resulta a necessidade de respeito às regras e princípios próprios do processo administrativo², tal compreensão facilita a solução de demandas. Ressalta-se, ainda, que a revisão ou controle judicial dos concursos envolve predominantemente matéria de âmbito constitucional.

2.1 Princípios Norteadores

Por se tratar de matéria de âmbito constitucional e considerando que a constitucionalização dos princípios promoveu o alargamento do campo da sindicabilidade judicial dos atos administrativos, essa conjuntura faz com que ao concurso público venham se aplicar tanto os princípios constitucionais, quanto os princípios típicos aplicados à Administração Pública, em geral; bem como também incidem as regras e princípios específicos que regulamentam o assunto. Carvalho (2010) nos aponta que há três fundamentos essenciais no qual se baseia o concurso: (i) o princípio da igualdade, no sentido de se proporcionar condições idênticas a todos os concorrentes; (ii) o princípio da moralidade, fomentando que a Administração Pública não deve agir por meio de favorecimentos pessoais e (iii) o princípio da competição, de modo a premiar com a vaga, os candidatos que melhor se classificaram na competição. A prévia aprovação no certame é, em regra, a condição para o ingresso no serviço público, ressaltando que somente a própria Constituição é que estabelece os casos excepcionais, tais como as nomeações para cargos em comissão e os de servidores contratados por prazo determinado. Estes são, pois, os norteamentos principiológicos partindo-se do geral ao específico apontados pela doutrina.

Antes de se tecer considerações mais específicas sobre os concursos merece, destacar aquele que pode ser considerado como o cerne entre os três princípios gerais apontados acima que é o direito fundamental à igualdade. Como dito, a dimensão da igualdade que se pretende

² Tais como a lei federal 9.784/99 ou a lei estadual 5.427/2009 do Rio de Janeiro. Importante frisar que na Lei estadual fluminense consta que o processo deve observar normas de atuação ética, bem como, além dos tradicionais, constam expressamente, os hodiernos princípios da transparência, da motivação (que deve ser explícita, clara e congruente), e da proteção à confiança legítima. Típicos do que se espera de uma Boa Administração.

é o de se promover oportunidade igual a todos na disputa envolvida, para tanto, à ideia geral de isonomia, acrescenta-se à Administração, a impessoalidade, de forma a se coibir na atividade administrativa qualquer ação que se resulte em privilégios ou prejuízos indevidos. A possibilidade de concorrer em igualdade de condições decorre da isonomia inerente aos princípios republicano e democrático, nesse sentido é o procedimento administrativo do concurso o instrumento operacional de garantia ao direito fundamental de igualdade.

No campo específico, os incisos I a IV do artigo 37 da Constituição enumeram as regras gerais aplicáveis ao concurso público. O inciso I preceitua a ideia republicana e democrática de amplo acesso aos cargos, empregos e funções com as respectivas ressalvas constitucionais permitindo à lei estabelecer que, em determinados casos, possa haver algumas restrições quando, por exemplo, se distingue o acesso entre brasileiros e estrangeiros. O inciso I também faz referência ao preenchimento de requisitos legais, o que pode implicar restrições de ingresso no serviço público referente à sexo ou à idade, obviamente desde que essas diferenciações sejam plenamente justificáveis a depender da natureza do cargo, conforme Súmula 683 do STF: "O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser pretendido". Tampouco pode o edital impor restrições que não estejam previstas em lei. Nesse sentido, o STF no RE 559.823 AgR/DF assim expôs: I - Não pode o edital limitar o que a lei não restringiu.

O segundo inciso aponta a regra da obrigatoriedade do concurso de modo a garantir que a investidura no cargo ou emprego público depende da prévia aprovação no certame. Trata-se, sem dúvida, de imperiosa regra moralizadora que repudia a prática de favoritismos na Administração. A não observação deste preceito implica a nulidade da investidura. Como brevemente exposto antes, há casos em que a própria Constituição apresenta as situações excepcionais à regra. São os casos das nomeações para cargos em comissão (art. 37, II), as contratações de servidores temporários (art.37, IX), a contratação de agentes comunitários de saúde (EC 51/2006), a contratação de ex-combatentes (art. 53, ADCT) e as nomeações de Ministros dos Tribunais Superiores, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas e as nomeações de magistrados pelo quinto constitucional. Portanto, o provimento original em cargo público, salvo as exceções, somente deve ocorrer mediante prévia aprovação em concurso. A súmula 685 do STF é categórica e assim afirma: "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem previa aprovação em concurso público destinado ao seu provimento cargo público que não integra a carreira na qual anteriormente investido."

O inciso III dispõe sobre o prazo de validade do concurso, cuja fixação e eventual prorrogação, situa-se no espaço discricionário da Administração Pública, limitado ao máximo de dois anos e prorrogado uma única vez por período igual, para tanto faz-se necessário que a dita prorrogação seja implementada durante o prazo inicial de validade. Frise-se ainda que a possibilidade de prorrogação do prazo há de constar expressamente na lei ou no edital; do contrário, não há que se falar em juízo discricionário de prorrogação.

O inciso IV dispõe sobre a prioridade de convocação daquele que foi aprovado no prazo improrrogável sobre aquele aprovado em um novo concurso. Tal assunto já foi bastante discutido no Judiciário. O posicionamento que se tem é no sentido de que ao candidato não há o direito inerente à nomeação, bem como não há para a Administração vedação para que se abra novo certame; todavia, caso se promova nova seleção, resta àqueles candidatos aprovados anteriormente, o direito à preferência na convocação. Isto se dá em razão da incidência de vários princípios entre eles o da moralidade, o da impessoalidade e o da igualdade. Deste modo manifestou-se o STF no AI-AgR/DF 188.196 que há garantia constitucional, sendo insubsistente o ato da Administração em sentido inverso “relegando, a plano secundário, a situação jurídica de concursados aprovados na primeira etapa de certo concurso, deixa de convocá-los à segunda e, em vigor, o prazo inserido no edital. ”

Outro ponto que merece destaque é a tendente comparação entre as licitações públicas e os concursos, considerando que ambos possuem a mesma base finalística, qual seja, o oferecimento de iguais oportunidades aos membros da sociedade para estabelecer um processo de seleção que melhor atenda à Administração. A eminente Ministra Carmem Lucia assim expressou-se no RE 598.099 MS, comparando a situação do aprovado em concurso público ao licitante vencedor: “ Isto é paralelo ao que se passa numa licitação em que se diz que ao licitante vencedor não se reconhece direito algum. ”. De fato, há muitas semelhanças entre os dois procedimentos. Nos concursos também há uma fase interna, na qual se executa o planejamento do certame, verifica-se o quantitativo de vagas que serão abertas, o impacto financeiro, o cronograma, a eleição da banca examinadora, e várias outras atividades, até que finalmente a manifestação da vontade administrativa venha a público com a divulgação do edital. Todavia, como bem se sabe, a licitação possui legislação regulamentadora, o que permite ações de controle muito mais amplas que as que ocorrem no certame público.

Nesta linha de raciocínio é razoável supor que o ordenamento normativo venha a dispensar tratamento isonômico em situações jurídicas semelhantes. Nesse sentido espera-se do Poder Público o lastro de boa-fé para que o Estado venha a dispensar tanto ao licitante quanto ao candidato o mesmo tratamento respeitoso. Nesse quesito fazendo valer princípios

como o da boa-fé, uma vez que em ambos os casos o cidadão se mostra confiante na revelação de interesses por parte da Administração; vê-se a necessidade de motivação dos atos para melhor acompanhamento do próprio concursando. De fato, quando o Poder Público revoga o procedimento licitatório, os concorrentes possuem por imposição legal, possuem o direito subjetivo de ver o ato revogador devidamente motivado pelas razões de interesse público estribada em fatos supervenientes. Tais ações também merecem prevalecer no concurso.

Todas essas imposições fazem-se necessárias para coibir a prática reprovável de muitos entes estatais em abrirem os editais de concursos públicos oferecendo oportunidades de trabalho, criando expectativas, auferindo significativas quantias decorrentes de taxas de inscrições para então abandonar os candidatos aprovados em uma espera incerta por nomeação em muitos casos sem realizar nenhuma convocação e ainda, logo após o término do prazo de validade, abrir-se outro edital convocatório. São, pois, situações inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito. O que se espera de toda essa incidência de princípios é que o procedimento seja justo, amplo, transparente e democrático e que eventuais excepcionalidades sejam em razão do legítimo interesse público.

2.2 Mazelas dos Concursos e Sugestões da Sociedade Civil

Não obstante o texto constitucional percebe-se a diversidade de demandas envolvendo as questões principiológicas em comento, bem como o quanto a Suprema Corte tem se deparado com o descumprimento a preceitos basilares referentes ao concurso público. Percebe-se o intuito constitucional no sentido de se evitar favorecimentos e apadrinhamentos imorais e ilegais; que como dito por Carvalho (2010) “infelizmente usuais na Administração Indireta” e ainda aduz, “Não obstante, o mau hábito cultivado por décadas, tem levado a Administração a tentar algumas escaramuças com a finalidade de relegar a segundo plano a exigência do concurso.” (CARVALHO FILHO, 2010, p.683).

Além das tentativas de se burlar a exigência constitucional do concurso, ou mesmo quando este ocorre, ainda assim há uma diversidade de desrespeitos às normas e princípios; são demandas que chegam ao Poder Judiciário sobre causas que envolvem as várias fases do procedimento, desde a aplicação das provas e sua correção até a listagem de classificação. Frequentes são também as situações em que as deformações surgem quando já encerrada a fase de seleção. Embora não seja este o foco central do trabalho, as situações assentadas

adiante servem para demonstrar o forte combate que se fez travar desde o início do vigor da Constituição.

Ainda quando tenra a nova Carta, O STF debruçou-se em 1992 sobre a ADIN 231/RJ³, e decidiu que estavam banidas a ascensão e a transferência como forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor prestou concurso, tornando assim inconstitucional o comando presente nos Atos de Disposições Transitórias da constituição estadual do Estado do Rio de Janeiro que dispunha sobre formas de provimento indevidas. Percebe-se assim que a Corte daria início ao longo processo de adaptação do hodierno sistema democrático, frente às resistências habituais do modelo anterior.

No decorrer do tempo outras controvérsias surgem a partir de questionamentos e dúvidas sobre o que deve ser considerado legítimo dentro do novo parâmetro democrático. Interessa, pois, refletir sobre o controle judicial dos atos que envolvem o procedimento seletivo desde o edital, passando pelas fases de inscrição, aplicação e correção de provas e chegando até a fase da classificação e convocação. Todas estas fases já foram objetos de demandas judiciais. Não se pretende aqui esmiuçar cada fase procedimental, mas destacar alguns pontos mais relevantes que envolvem a controvérsia.

Tamanho são os impactos da Administração Pública no país. Os contratos no setor público movimentam parcela considerável do PIB nacional, milhares são aqueles que vislumbram disputar uma vaga, milhares são os cursos preparatórios, e grande é a expectativa de toda a sociedade quando a Administração cogita da abertura de seleção. A sociedade civil vem se organizando sob diversas formas no fim de melhor acompanhar os certames públicos.

Os anseios da sociedade são muitos e basta a mera e superficial pesquisa para se averiguar alguns itens capazes de gerar insegurança e perplexidade aos concursandos. A seguir enumera-se exemplificadamente alguns:

- a) Editais sem publicidade ou com curto prazo para inscrição;
- b) Taxas de inscrição elevadas e desproporcionais;
- c) Ausência de indicação bibliográfica;
- d) Cobrança de questões em nível de escolaridade acima do exigido;
- e) Cobrança de temas divergentes, não pacificados, ou minoritários;

³ A ADIN versava sobre os Atos de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição estadual do Rio de Janeiro, que previa no artigo 77, a possibilidade de servidores motoristas, tornarem-se motorista policial; e no artigo 80, a possibilidade de Detetives e Escrivães de Polícia serem aproveitados no cargo de Delegado de Polícia, em ambos os casos, sem o devido concurso. O STF declarou inconstitucional os artigos.

- f) Falta de clareza quanto aos critérios de correção de provas;
- g) Omissão ou falta de clareza quanto ao procedimento de recursos;
- h) Não convocação ou baixíssima quantidade de convocados;
- i) Concurso somente para Cadastro de Reserva ou com número simbólico de vagas;
- j) Restrições indevidas tais como limites à idade, sexo ou altura.

Por certo que estas são apenas algumas das dificuldades mais comuns enfrentadas pelos candidatos, o leque de problemas é muito maior e as peculiaridades de cada certame faz surgir inúmeros outros.

Dentre as variadas manifestações de participação da sociedade civil⁴, destaca-se a apresentação da Sugestão nº 6/2012 com diversas propostas de moralização dos concursos públicos. Discutida no Legislativo, a Sugestão converteu-se no Projeto de Lei 6.004/2013, aglutinando outros projetos similares, entre eles o PL 252/2003, na finalidade de se editar uma Lei Geral dos Concursos. Em paralelo, tramita no legislativo a PEC 75/2015, aprovada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado em 15/06/2016, para posterior votação em plenário. Nela se prevê a definição da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre concursos públicos e facultar ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa sobre a matéria. No trâmite da Sugestão o Senado publicou um dos pontos de argumentação apresentados: “É urgente a aprovação de uma lei nacional que estabeleça regras gerais e que não deixe ao alvedrio dos órgãos e das bancas examinadoras estabelecer por completo e, na maioria das vezes; arbitrariamente, as regras dos certames públicos⁵.”

O que se pretende de início é a definição da competência legislativa para o assunto, uma vez que esta não consta no rol das competências constitucionais, o próximo passo que se persegue é a elaboração de uma lei nacional que venha regulamentar o artigo 37, inciso II da Constituição, provavelmente nos termos do PL 6.004/2013 de âmbito federal e o PL 252/2003 de âmbito nacional, ambos em andamento, no Congresso Nacional. Caso aprovado o Projeto

⁴ Entre as muitas associações civis, duas se destacam pelo papel ativista; a ANPAC – Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concursos, entidade fundada em 2004, que tem entre seus objetivos manter vigilância constante sobre possíveis e eventuais desrespeitos aos interesses e direitos dos concursandos e concursados, a segunda que se destaca é a ADAICON – Associação Nacional dos Concurseiros, idealizada por nomes conhecidos na seara dos concursos como os dos professores Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo e Willian Douglas, a associação tem entre suas metas promover a análise de editais e acompanhar a lisura na aplicação das provas.

em tela, promoverá uma ampliação significativa do controle judicial, e acarretará avanços à segurança jurídica dos candidatos. Algumas discussões seguem avançadas na tramitação. Destacam-se no Projeto 6.004/2013, os artigos 14, 23, 31, 36 e 65.

Art. 14. É vedada a realização de concurso público com oferta simbólica de vagas ou que se destine exclusivamente à formação de cadastro de reserva. § 1º Entende-se por oferta simbólica a abertura de concurso público com número de vagas inferior a 5% (cinco por cento) das vagas do respectivo cargo ou emprego existentes no órgão ou entidade.

Art. 23. As provas serão elaboradas de maneira clara e objetiva, de forma a possibilitar ao candidato a compreensão do tema dado a julgamento, a partir do estabelecimento de padrão de compreensão médio do candidato e considerado o nível de escolaridade do cargo ou emprego.

Art. 31. A sindicância de vida pregressa considerará apenas elementos e critérios de natureza objetiva, sendo vedada a exclusão do concurso de candidato que responda a mero inquérito policial ou a processo criminal sem sentença condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

Art. 36. Em todas as fases do concurso, deverão ser publicadas listas com os nomes completos dos aprovados e as respectivas classificações atuais, até aquele momento, para fins de transparência e controle público do certame.

Art. 65. É assegurado o acesso ao Poder Judiciário para impugnar, no todo ou em parte, o edital normativo do concurso público e para a discussão acerca da legalidade das questões, bem como da legalidade dos critérios de correção de prova, segundo o estabelecido nesta Lei. Parágrafo único. Considera-se ilegal o gabarito ou a solução considerada correta pela instituição organizadora que viole manifestamente o conhecimento técnico ou legal relativo à questão.

Destacam-se no Projeto 252/2003, os artigos 4º, 7º, 8º e 14, dentro das considerações aqui expostas.

Art. 4º Todos os atos relativos ao concurso público são passíveis de exame e decisão judicial, especialmente: I – os que configurem erro material do edital ou seu descumprimento; II – os que configurem lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato; III – os que configurem discriminação ilegítima com base em idade, sexo, orientação sexual, estado civil, condição física, deficiência, raça, naturalidade, proveniência ou moradia; IV – os que vinculem critério de correção de prova ou de recurso à correção de prova; V – os relativos ao sigilo, à publicidade, à seletividade e à competitividade; VI – os decisórios de recursos administrativos impetrados contra gabarito oficial.

Art. 7º O edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias em relação à primeira prova.

Art. 8º O cancelamento de concurso público com edital já publicado exige fundamentação objetiva, expressa e razoável, amplamente divulgada, e

⁵ O trecho é parte das argumentações oferecidas pela ADAICON na Sugestão nº 06/2012, que a época tramitava na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sob relatoria do Senador Gim Argelo, matéria publicada na Agência Senado em 03/10/2012 e no Jornal do Senado em 04/10/2012.

sujeita o órgão responsável a indenização por prejuízos comprovadamente causados aos candidatos.

Art. 23. É assegurado o acesso ao Judiciário para a discussão de critério de correção de prova utilizado pela banca elaboradora

Em linhas gerais o clamor social é por alguns pontos cruciais no intuito de se ampliar as possibilidades de controle, promover eficiência, garantir a isonomia, coibir fraudes e decisões arbitrárias. Em síntese neste segundo capítulo se expôs que:

- a) O concurso público é um procedimento administrativo, idôneo, para o recrutamento de servidores para compor o quadro de pessoal da Administração Pública, obrigatório, nos termos da CFRB/1988; não possuindo uma forma predeterminada, bastando ao menos que o procedimento preveja provas ou provas e títulos com conteúdo de acordo com a complexidade e a natureza do cargo pretendido;
- b) Há princípios que norteiam o procedimento em etapas: aplicando-se os princípios de ordem constitucional a fim de se resguardar uma série de direitos fundamentais envolvidos, aplicação dos princípios do Direito Administrativo, além daqueles que se aplicam aos procedimentos administrativos em geral e por fim, a aplicação de princípios próprios concernentes aos concursos públicos;
- c) Há uma tendência de comparação entre as licitações públicas e o concurso público, ressaltando que aquela possui legislação regulamentadora própria o que permite maior campo de controle por parte do Poder Judiciário;
- d) A falta de tal legislação e a presença de discricionariedade nos atos envolvidos pode ser entendida como fatores que dificultam uma atuação mais contundente do Judiciário;
- e) Observa-se resistência de alguns setores da Administração quanto ao desempenho democrático do concurso, revelado em condutas que sugerem tentativas de se burlar o procedimento;
- f) A sociedade civil tem-se organizado expondo críticas e apresentando ideias no sentido de se fazer valer os ditames da moralidade administrativa, alguns desses debates tem-se travado no Congresso Nacional, no intuito de se editar uma Lei Geral do Concurso Público, o que permitirá, em tese, a ampliação do controle judicial.

3. DO PAPEL DO JUDICIÁRIO QUANTO O CONTROLE

A cada certame, a disputa por uma vaga no serviço público se torna cada vez mais acirrada; crescente é o número de candidatos e conseqüentemente surgem novas demandas envolvendo as mais diversas fases do procedimento, incluindo o teor das questões cobradas nas provas. Por um lado, tem-se o aspecto discricionário da Administração desde o momento em que se opta pela realização do concurso, até o final do procedimento seletivo; de outro lado, tem-se os direitos fundamentais de cada um dos candidatos envolvidos no certame.

O Poder Judiciário quando no enfrentamento dessas demandas tem, via de regra, dado maior prevalência ao poder discricionário da Administração, sob fundamento da Separação dos Poderes e da Insindicabilidade do ato administrativo para esses casos. Seguem-se dois julgados que bem expressam o posicionamento jurisprudencial acerca de demandas que envolvem questões de prova:

STF – AI 779861 MG, Relator: Min Eros Grau. Publicado em 09-04-2010 AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. MATÉRIA EXAUSTIVAMENTE APRECIADA NAS INSTÂNCIAS INFERIORES.

1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso.
2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando "não se cuida de aferir da 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".
3. O Superior Tribunal de Justiça decidiu matéria de sua competência de acordo com a jurisprudência desta Corte, hipótese que não justifica o provimento do recurso. Agravo regimental a que se nega provimento.

STJ – AgRg no Resp 187044 AL, Relator: Min. Benedito Gonçalves. Publ.: 10-08-2012 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. REVISÃO DO GABARITO. ANULAÇÃO DA QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A intervenção do Judiciário para controlar os atos de banca examinadora de concurso público restringe-se à averiguação da legalidade do procedimento, não lhe sendo possível substituir a referida banca para reexaminar o conteúdo das questões formuladas, os critérios de correção das provas ou a resposta do gabarito final. Precedentes: AgRg no REsp 1260777 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16/03/2012; AgRg no RMS 21654 / ES, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14/03/2012; AgRg no REsp 1221807 / RJ;

Verifica-se que o entendimento majoritário segue no sentido de não se exercer controle no conteúdo das questões propostas, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, tal como no primeiro caso, em que se exigiu na prova, matéria não prevista no edital ou nas situações expressas no segundo caso; porém, como demonstrado não se adentra no teor da questão em si. Esse posicionamento, na prática, concede às bancas examinadoras um poder quase que absoluto sobre o conteúdo da matéria cobrada, não sendo incomum situações em que podem ser tidas como verdadeiros abusos. A título de exemplificação pode-se imaginar que hipoteticamente em um determinado concurso público, de nível médio, no qual venha se cobrar noções de direito constitucional e então na ocasião da prova sejam cobradas questões de controle de constitucionalidade e questões de direito tributário. Ora a boa-fé presume que em concurso de nível médio, o termo ‘noções de direito constitucional’, se refere a questões relativas ao artigo quinto, remédios constitucionais, direitos fundamentais, e ainda assim, abordadas sem adentrar as reflexões mais profundas da matéria. Outro ponto para consideração: pense-se em outro concurso hipotético em que o edital exige conhecimento de atualidades e então na prova, são cobradas questões exatamente nos termos em que foi publicado em uma determinada revista de atualidades. Ora o bom senso impele a pensar que se porventura a informação de que a fonte da prova era daquela determinada revista, e se porventura houve algum vazamento dessa informação, por certo alguns candidatos seriam beneficiados com o acesso privilegiado a essa informação. Situações assemelhadas a essas lamentavelmente ocorrem na realização de vários certames no país, e sem dúvida, são atentados à moralidade e à lisura do certame. O candidato inconformado irá demandar no Judiciário na expectativa de ver assegurados seus direitos; todavia, como exposto, a tendência para casos como esses esbarram na Insindicabilidade do ato, não ousando o Judiciário adentrar nos critérios “discricionários” da banca ao elaborar ou corrigir as questões.

Nesse sentido mesmo a moderna doutrina mantém essa linha de entendimento. Rafael de Oliveira (2015) discorrendo sobre esse tema aduz que a invalidação de questões objetivas em provas de concurso público somente se justifica se houver flagrante ilegalidade ou desrespeito ao edital; aborda ainda que em se tratando de prova discursiva, a questão fica ainda mais complexa diante do maior grau de flexibilidade e subjetividade que envolve a correção; para ele, o controle judicial, nestes casos, deve ser exercido com parcimônia e conclui dizendo que “(...) o Judiciário não poderá substituir a Banca Examinadora para atribuir a nota que entender correta, mas apenas decidir pela desproporcionalidade ou ilegalidade da nota atribuída.” (OLIVEIRA, 2015, p.677).

Todavia, não obstante as situações mencionadas, diversos avanços já transcorreram quanto ao controle dos concursos em geral. É o caso da Súmula 684, STF. “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”, ou ainda a Súmula 683, STF que aduz que o limite de idade só é legítimo quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do caso. Nesta mesma linha será permitido o limite de sexo para determinadas situações. Pode-se citar como exemplo, um cargo de digitador, que a princípio não requer diferenciações quanto ao sexo, mas que, todavia, torna-se legítima a exigência de seleção somente de mulheres na hipótese de o cargo ser direcionado para uma penitenciária feminina.

O Supremo também já se pronunciou acerca da exigência de testes psicotécnicos como parte do processo seletivo, para tanto faz se necessária a exigência legal e bem como que, a base para avaliação se dê por meio de critérios objetivos e “de reconhecido caráter científico.” (STF, RE 188.234 DF, relator: Min. Néri da Silveira, publicado em 19-03-2002). A Súmula 686, STF tratou o assunto da seguinte forma: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

Também já se manifestou a Corte sobre o fato de o concurso estabelecer classificação diferenciadas por regiões e por especialidades. Nestes casos, o STF entendeu que não há qualquer violação ao princípio da isonomia sendo “válida a fixação de critérios de concorrência em caráter regional e em área de especialização”. (STF, RMS 23.259/DF, relator: Min Gilmar Mendes. Publicado em 25-03-2003). Em outra manifestação quanto a isonomia, a Corte entendeu que não há restrições quanto ao candidato que responde a ação penal, poder participar do concurso, ou mesmo de ser nomeado ao cargo., ainda que no Edital venha constar expressões como “idoneidade moral”, “bons antecedentes” ou semelhantes. Nestes casos há de prevalecer o princípio da presunção de inocência, devendo ser considerado tanto na esfera penal quanto na administrativa (STF, RE 194.872 RS, relator: Min. Marco Aurélio, publicado em 07-11-2000).

Outra incisiva intervenção judicial se deu no exercício de controle quanto a criação de cargos em comissão. No caso concreto determinada Câmara municipal procedeu à criação de 67 cargos, sendo 42 em comissão e 25 efetivos. O STF posicionou-se considerando que tal situação era uma afronta ao ideal republicano expresso no concurso público, em verdadeira afronta à moralidade administrativa. Neste caso peculiar, a Corte julgou inconstitucional o ato normativo da Casa Legislativa, asseverando que embora não caiba ao Judiciário adentrar no mérito administrativo, “a análise de discricionariedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que ensejam” havendo neste caso, o desrespeito ao ditame do concurso público e ao ditame da proporcionalidade entre

cargos comissionados e cargos efetivos. “Ressaltou-se, ainda que a proporcionalidade e a razoabilidade possam ser identificadas como critérios que, essencialmente, devem ser considerados pela Administração Pública no exercício de suas funções típicas” (STF, Informativo 468 – RE 365.368 AgR SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski, em 22-05-2007).

Portanto, vê-se, que em razão da incidência direta de princípios e de Direitos Fundamentais, vários julgados vêm promovendo novos contornos a ação administrativa referente aos concursos públicos. Talvez uma das mais incisivas manifestações da Corte Suprema foi no sentido de se alterar o posicionamento defendido sobre a nomeação de candidatos, da mera expectativa de direito para direito subjetivo à nomeação, certamente um dos temas mais debatidos e de grande incidência nos Tribunais.

É antiga a discussão, tanto que a edição da Súmula nº 15, STF é de 1963, e serviu de parâmetro por muitos anos às demandas judiciais. Diz a Súmula: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. ”, editada em contexto jurídico completamente diverso do presente, mas que já enfrentava os questionamentos de então acerca do assunto. A súmula se baseava no intuito de se evitar a prática de se desrespeitar a ordem classificatória, e dela se extraía a conclusão de que somente havia mera expectativa de direito à nomeação; eventual direito subjetivo somente se daria se: (i) ocorresse nomeação ou contratação, com candidatos aprovados; (ii) se houvesse desrespeito à ordem de classificação; e (iii) se ocorresse contratação de temporários para o exercício de funções idênticas à do cargo.

O enfretamento dessas questões prosseguiu no curso do tempo seguindo essa lógica: “ o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, torna-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação” (STF, AgR no Agravo de Instrumento 501.573-1 DF, Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 26/08/2005). Esse entendimento, na prática, ofereceu margem para múltiplos desvirtuamentos do instituto do concurso público.

Neste lapso diversos embates ocorreram sob as mais diversas frentes. Uma delas diz respeito à não nomeação de aprovados, enquanto a Administração contratava servidores temporários para exercerem as mesmas atribuições do cargo em aberto. No caso concreto a Administração alegou não possuir recursos financeiros para proceder à nomeação, que se assim o fizesse haveria grave risco de lesão à ordem pública. A alegação foi rechaçada, sob o argumento de que na fase de elaboração do edital já são realizados estudos de impacto financeiro, não bastando a mera alegação de falta de recursos. O Judiciário assim manifestou-

-se: “Não há risco de lesão à ordem pública na decisão judicial que determina seja observada a ordem classificatória em concurso público, a fim de evitar preterição de concursado pela contratação de temporários, quando comprovada a necessidade de serviço. ” (AgR 4196. Relator: Min Cezar Peluso, publicado em 27-08-2010). Ou seja, a contratação de temporários deve ser fundamentada e a necessidade comprovada; do contrário, a Administração deverá nomear os aprovados. A motivação apresentada é plenamente suscetível de controle pelo Poder Judiciário, conforme assim manifestou-se a eminente Ministra Relatora, em outra ocasião, para afirmar que somente na incidência de interesse público que venha impor nova circunstância, poderá a Administração se furtar à nomeação. (STF, RE 227.480, Relatora: Min Carmen Lucia, publicado em 21-08-2009). Assim vem prevalecendo a tese de que a Administração não pode simplesmente deixar de nomear o candidato aprovado sem uma justificação plausível.

Vale ressaltar que há de se considerar tal situação como excepcional. Nesse esteio pode-se vislumbrar ao menos três hipóteses. A primeira seria a de superveniência de fato capaz de comprometer o edital, é necessário que o fato ensejador ocorra após a publicação do edital, de modo que os estudos realizados anteriormente fiquem sem eficácia; a segunda é a imprevisibilidade do fato, não basta para tanto a ocorrência de fatos banais e corriqueiros; e a terceira é a gravidade dos fatos. Em juízo de ponderação a Administração deve apresentar as devidas motivações para exonerar-se do dever sem cometer ato ilícito.

Coube ao STJ o pioneirismo no rompimento desse entendimento para se posicionar pelo direito líquido e certo que tem o candidato aprovado à nomeação, conforme julgamento do Mandado de Segurança 20.718 ao conceder a segurança nos seguintes termos:

“[...] A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. ” (STJ, RMS 20.718 SP. Relator: Min. Paulo Medina. Publicado em 03-03-2008).

No decorrer do voto fica expresso que a abertura da convocação é ato indubitavelmente discricionário. Todavia o quantitativo de vagas expressos vincula a Administração a nomear os aprovados dentre os cargos estabelecidos, não cabendo a alegação de eventual falta de recursos orçamentários, considerando que ao lançar o certame o ente público deve demonstrar a existência de recursos para então implementar o edital, devendo o administrador pautar sua conduta com responsabilidade e probidade.

Posteriormente, em sede de Repercussão Geral, o STF se depara com o problema, desta vez para consignar a adequação da Súmula 15 aos ditames dos direitos fundamentais e aos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança e por fim alterando também seu posicionamento. Segue parte da decisão:

RE 598099 MS. REPERCUSSÃO GERAL. Relator: Min Gilmar Mendes. Publicado em 03-10-2011.RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO à NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.

Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

Tamanha foi a mudança de posicionamento da Corte. No voto fica expressa a incidência dos princípios mencionados. A Administração exige do candidato o fiel cumprimento do edital, de igual modo, quando edital prevê determinado quantitativo de vagas isso gera para Administração igualmente o dever de cumprir a sua parte com a devida nomeação daquele quantitativo; do contrário, é produzir no seio da sociedade uma falsa e desnecessária expectativa quanto ao certame em desrespeito à boa-fé, à segurança jurídica e à proteção à confiança, situações não condizentes com o Estado Democrático de Direito. Nesse esteio o direito à nomeação é direito público e subjetivo do candidato face o Estado. É Direito Fundamental incluso no ideal de Cidadania. Diante dessa nova orientação, o espaço de discricionariedade administrativa quanto a gestão do concurso fica limitada ao momento da nomeação, que deverá ser realizada dentro do prazo de validade do certame.

Firmada a nova orientação jurisprudencial, observou-se que as diversas Administrações nacionais passaram a ampliar o uso do denominado Cadastro de Reserva. Tal cadastro em si pode ser considerado como legítimo instrumento de planejamento, consistente em uma relação de candidatos aprovados no concurso em colocação acima do quantitativo de vagas disponibilizadas. Desta forma passou-se a não mais preverem nos editais um número expressivo de vagas a serem preenchidas, cada vez mais surgiam concursos com apenas 1 vaga ou duas vagas e o restante para compor o dito cadastro. De certa forma, a nomeação do candidato aprovado passou novamente a ser orientada pela discricionariedade administrativa.

Em muitos casos tão logo findava o prazo de validade, a Administração promovia novo certame com candidatos inscritos no Cadastro de Reserva. Situações tais como essa demonstram imenso desrespeito à confiança e à sinceridade depositada na Administração, passando a impressão de que o certame concluído sem a convocação de nomeados foi tão somente um meio de arrecadar receitas para o Estado. A decisão da Corte Suprema influenciou, então, o STJ a manifestar-se sobre o assunto, passando então assegurar ao candidato aprovado no cadastro de reserva também o direito de nomeação sempre que abrirem vagas decorrentes de vacância e no decorrer do prazo de validade do concurso. Segue trecho do acórdão:

STJ. RMS 37882 AC. Relator: Min Mauro Campbell. Publicado em 14-03-2013. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. (...) 4. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento.

Assim, diante das evidentes tentativas de burla aos princípios do concurso, o recente posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, assegura o direito à nomeação de modo a alcançar não apenas aos aprovados no quantitativo de vagas expressos no edital, mas também àqueles aprovados para formação de cadastro de reservas, relativamente às vagas que vierem a surgir na validade do certame.

Por certo que não se pretende aqui esgotar todas as vicissitudes que alcançam o concurso público e tampouco esmiuçar a imensidão de julgamentos sobre o assunto. A exposição de avolumados julgados teve o escopo de apresentar a participação do Poder Judiciário e como suas contundentes decisões têm contribuído para o estabelecimento da democracia. Pelo o até aqui exposto neste bloco, pode-se tecer as seguintes considerações, em resumo:

- a) O Poder Judiciário quando no enfretamento de lides que discutem as questões de prova, sua anulação ou correção; tem privilegiado, em regra, a discricionariedade da Administração sob fundamento da Insindicabilidade dos atos discricionários ou pela Separação dos Poderes;

- b) Não obstante, houve diversos avanços quanto o controle dos concursos, fazendo incidir os Direitos Fundamentais e os princípios, promovendo marcantes transformações nesta seara;
- c) Dessas transformações destaca-se a marcante alteração de posicionamento de que o candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação e não apenas à mera expectativa de direito;
- d) O direito subjetivo à nomeação alcança inclusive aqueles candidatos relacionados no cadastro de reserva.

Feitas estas considerações, retoma-se ao exposto no primeiro item. Como dito, em regra, tem-se privilegiado o Poder Discricionário da Administração, o que em muitos casos causa perplexidade e assombros nos candidatos. Em 2015, o STF promoveu o julgamento do Tema 485 em Repercussão Geral e contrariando as expectativas de muitos, fixou a tese de que “os critérios adotados por banca examinadora de um concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário” (STF - RE 632.853 CE. Relator Min. Gilmar Mendes. Publicado em 23-04-2015). Segue a ementa:

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido. ”

O caso concreto tratava da pretensão de candidatas a vagas de enfermeiras. As autoras alegavam que houvera descumprimento do edital pela banca examinadora do concurso, e pretendiam que fossem anuladas dez questões cobradas na prova objetiva, que, segundo elas, conteriam duas opções verdadeiras. A decisão em primeiro grau deu provimento parcial ao pedido, e anulou oito das dez questões; o governo do estado apelou e em segundo grau, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. O caso, por fim chega ao STF em 2010, e teve a Repercussão Geral reconhecida. No julgamento, o Relator acolheu a tese de que não cabe ao Judiciário substituir-se à banca examinadora para promover o reexame das questões, “salvo ocorrência de ilegalidade ou inconstitucionalidade” e reforçou que no caso em tela não se tratava de concurso da área jurídica, mas de área diversa de modo que o magistrado dependeria de um especialista em clara substituição àqueles escolhidos pela

Administração. A decisão de certa forma fecha as portas do Judiciário para apreciações sobre o gabarito, preocupação que ficou estampada em alguns votos, ora propondo uma apreciação minimalista, ora propondo apreciações em casos de erros grosseiros, nada obstante a tese firmou-se tal como está.

Comentando a circunstância o professor Marcelo Alexandrino levanta sua apreensão uma vez que a tese firmada não faz nenhuma menção à possibilidade excepcional de se promover anulação de questões, e por fim afirma:

“Nesses debates, o Min. Luiz Fux trouxe à baila o problema do “erro grosseiro”, e opinou que talvez fosse o caso de se abrir uma exceção para tal situação. O Min. Ricardo Lewandowski, embora não explicitamente, pareceu admitir a tese de que “casos teratológicos” poderiam, sim, ser corrigidos pelo Poder Judiciário. O Min. Marco Aurélio foi o único que refutou, de forma clara, essa impossibilidade de anulação judicial de questões” [...] O que eu acho interessante observar, todavia, é que, na minha opinião, dificilmente será possível, em um caso concreto, anular uma questão de concurso sob o fundamento de que, na correção dela, a banca examinadora adotou critérios não uniformes, conferindo tratamento desigual aos candidatos. Parece-me que, se uma banca adota critérios não uniformes na correção, isso dificilmente ocorrerá apenas para umas poucas questões; o mais seguro, nesses casos, segundo eu penso, seria anular o concurso inteiro.” (ALEXANDRINO, 2015, *on line*).

Sobre a necessidade de maior controle por parte do Judiciário Fabio Medina Osório expõe contundentes críticas acerca dos limites da discricionariedade das Bancas Examinadoras.

“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 números concursos públicos (...) Quando se examinam de perto as decisões judiciais, observa-se que os Tribunais têm consagrado um caminho perigoso e temerário aos administradores públicos, outorgando-lhes um passaporte que vai da discricionariedade à arbitrariedade. Esse trajeto tem permanecido, na maior parte das vezes imune aos controles, facilitando-se as flagrantes injustiças e distorções.” (MEDINA, 2010, pp.3-4).

Medina entende que em diversos casos, como nos concursos para área jurídica, a Banca Examinadora encontra-se limitada pela discricionariedade técnica; o que, no caso da área jurídica, a Ciência do Direito surge restringindo o campo de opções nas questões de provas. “A Ciência Jurídica e as fontes formais de Direito constituem os limites técnicos à discricionariedade da Banca Examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Se existem limites técnicos, esses limites podem e devem ser controlados

e fiscalizados pelo Judiciário.” (MEDINA, 2010, p.6). E por fim sustenta que é possível reverter essa orientação jurisprudencial que chama de restrita, conservadora e equivocada, no afã de que a jurisprudência possa evoluir nessa direção.

“Necessário que o Poder Judiciário, pelos juízes naturais ponha limites aos administradores dos concursos públicos (...). É possível que o Judiciário venha, pois, a corrigir questões errôneas figurando na posição de examinador dos examinadores, observado o devido processo legal. Essa posição – examinar os examinadores – está balizada pelo princípio da fundamentação dos atos jurisdicionais, razoabilidade dos controles da discricionariedade técnica e controlabilidade judicial dos atos administrativos. Não se trata, destarte, de substituir um arbítrio por outro, mas sim de exigir do judiciário controle substancial e formal dessas espécies de atos administrativos, visto como democraticamente, legitimado a tanto. Espera-se nesse passo, que a jurisprudência evolua e alcance patamares científicos acertados na análise e correção das distorções das provas objetivas de ingresso nas carreiras jurídicas.” (MEDINA, 2010, p. 16).

Verifica-se, portanto, que o Judiciário e em especial o STF, ora manifesta-se de forma mais audaz e aguerrida, ora mais retraída. Não restam dúvidas de que, como interprete da Constituição, cabe ao Judiciário a nobre função de manter efetivos os Direitos e Garantias Fundamentais sem que isso venha a configurar indevida violação da Separação de Poderes, ou invasão na esfera de atuação dos demais órgãos políticos da República. Mauro Mattos defende que “fica ultrapassada a assertiva clássica de que quando o Poder Judiciário penetra no mérito, na conveniência ou na oportunidade do ato administrativo discricionário, ele está ultrapassando a fronteira da Separação dos Poderes.” (MATTOS, 2005, p. 21), funcionando “não como um intruso, mas como “fiel depositário das garantias constitucionais pelas quais tanto clama a sociedade, ou seja, como guardião da Constituição.” (MATTOS, 2005, p. 33).

Ora esse papel relevante de efetivo Poder do Estado foi conquistado progressivamente e em especial após a promulgação da atual Carta; momento a partir do qual se teve início a embates teóricos e judiciais pela devida efetividade das normas constitucionais, a dizer; o início do Neo Constitucionalismo em nossas terras, derramando no Judiciário a importante missão de Protetor da Constituição. Luiz Roberto Barroso (2015) comenta que antes da atual Carta o país vivia sob um contexto político e social de democracia aparente, “havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional” onde se buscava “não a verdade, mas o disfarce” e então comenta a relutância da Suprema Corte em assumir em definitivo a árdua tarefa que lhe competia doravante:

Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da

Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e dessa concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel. No início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição. A partir daí, houve demanda por maior sofisticação teórica na interpretação constitucional, superadora da visão tradicional de que se tratava apenas de mais um caso de interpretação jurídica, a ser feita com base nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política. (BARROSO, 2015, p.27).

A partir dessa constatação passou-se a observar um contínuo e crescente processo de judicialização das mais diversas questões nacionais, desenvolveu-se uma consciência a respeito dos direitos dos cidadãos e conseqüentemente tais questionamentos desaguaram-se no Judiciário. Diversas demandas, até então, pouco usuais passaram a ocorrer com frequência nos Juízos e Tribunais afora, questões diversas envolvendo políticas públicas e demais atos da Administração. As variadas decisões judiciais no sentido de se promover os Direitos Fundamentais expressos na Carta, insculpiu a ideia denominada de Ativismo Judicial, embora os termos “judicialização” e “ativismo judicial” não sejam conceitos idênticos. Tem-se que o ativismo é tido como um fenômeno jurídico, consistente em uma postura proativa do Poder Judiciário em interferir de modo significativo nas opções políticas dos demais poderes.

Vale frisar o ideário que se formou em demandar as mais diversas situações e o consenso de que os problemas da sociedade devem ser solucionados pelo crivo do juiz. Surge a forte impressão de que o Judiciário, com destaque ao STF, tornou-se o ator político principal devendo exercer o papel de protagonista neste novo Estado.

Pelo até aqui exposto não restam dúvidas de que é fato que o Poder Judiciário teve atuação preponderante nesta guinada em favor da democracia, e pode-se dizer que em alguns casos exercendo forte autoridade mesmo em detrimento dos demais Poderes. No entanto essa postura ora manifesta-se mais aguerrida, ora mais retraída.

Sem querer negar a realidade da ampliação institucional que o STF adquiriu nos últimos anos, Carlos Ari Sundfeld e Liandro Domingos (2014) contestam a ideia de uma superioridade da Suprema Corte. Para os autores é a própria Administração que vem promovendo uma ação determinante para a construção do novo perfil público, seja na interação com o Legislativo, seja na concepção de novos parâmetros administrativos, ou ainda na busca de mais eficiência no âmbito da gestão; para os ilustres professores “o papel do STF tem sido apenas marginal”. Sustentam, ainda, que a função institucional do STF de fato

creceu, que o seu papel mais relevante não é a de moderador de conflitos; mas sim, o de retórica, de discurso. O que o Órgão faz é fixar ou reforçar ideias para a partir de então influir nas demais autoridades:

“Assim contrariando a impressão geral, este ensaio pretende dizer que, nas charmosas ações sobre liberdades, políticas públicas, direitos sociais e organização administrativa, o STF se dedica muito à afirmação de ideias para influir imediatamente na ação de outras autoridades (administrativas, legislativas e judiciais) e bem pouco a agir diretamente ou a interferir na ação alheia. Seu ativismo é sobretudo verbal. ” (SUNDFELD, 2014, p. 19) ”.

Os autores então reforçam a tese discorrendo sobre algumas decisões marcantes da Corte, ora mais contundente na afirmação dos Direitos Fundamentais, ora mais acanhada deixando à Administração ou ao Legislativo exercerem sua função no Estado, procurando impedir o esvaziamento dos demais Poderes pela ação judicial ou pela pressão dos movimentos sociais. Em muitos desses casos, o STF expõe nos votos fortes críticas às omissões ou a displicências no âmbito dos Poderes, reservando, portanto, para si esse papel de ativista retórico. Por fim conclui:

“Não é que em tese o STF não tenha poder jurídico para uma intervenção mais incisiva. Ele até o possui, em termos formais, e por isso poderia fazer profundas intervenções em matéria administrativa, como muitos setores defendem. Mas o que este ensaio constatou é que ele até poderia fazer, mas não o faz. Por que não o faz provavelmente não por timidez ou covardia, mas porque os ministros reconhecem que o ativismo retórico é a verdadeira contribuição que a Corte Constitucional pode dar para o desenvolvimento em um contexto um contexto como o brasileiro. ” (DOMINGOS e SUNDFELD, 2014, p. 23).

Ao cabo deste terceiro capítulo, pode-se extrair que:

- a) O julgamento do tema 485 em Repercussão geral fixou a tese de que os critérios da banca Examinadora não podem ser revistos judicialmente;
- b) Acredita-se que tal tese é prejudicial aos concursandos, todavia mesmo antes da fixação da tese já se defendia a possibilidade de se reverter esse quadro de insindicabilidade dos atos das bancas Examinadoras, principalmente quando as questões envolvem conteúdo técnico;
- c) O STF ora tende a ter postura mais aguerrida, ora mais comedida e há quem, sustente que este deve ser o papel da Alta Corte, atuando mais no campo retórico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da breve investigação realizada no presente trabalho, pode-se concluir que é pertinente que o Poder Judiciário exerça o controle judicial dos certames públicos, face ao arcabouço doutrinário que aponta para um moderno sistema jurídico que impõe à Administração Pública à prática de condutas legítimas e democráticas. Como se demonstrou o Concurso Público é um procedimento administrativo composto de diversos atos concatenados na finalidade de selecionar aqueles candidatos mais aptos a comporem o quadro de pessoal da Administração, traduzindo-se em verdadeiro mecanismo democrático de disputa pelas vagas, no entanto o que se percebe no dia a dia forense e a cada abertura de edital, um grande número de pessoas que vem ao Judiciário demandar sobre os mais diversos temas e fases do procedimento, de modo que muitas decisões tornaram-se parâmetro na forma de Súmulas. Tal se dá porque a Administração continua a agir arraigada à velhos padrões, obsoletos e incompatíveis ao Estado Democrático de Direito.

Demonstrou-se ao longo trabalho uma resistência peculiar no âmbito do Direito Administrativo em fase das profundas transformações acarretadas pelo Neo Constitucionalismo. No Brasil tais impactos surgem a partir da promulgação da Carta de 1988, e no decorrer da década de 1990, a produção de trabalhos acadêmicos no campo constitucional, foi instigante, introduzindo uma nova dinâmica na interpretação do Texto Magno. As novas concepções foram paulatinamente sendo agregadas nos diversos ramos do Direito, todavia o que se percebe é uma estranha resistência na esfera do Direito Público. Renomados administrativistas sustentam que a origem do Direito Administrativo enraizada na França parte de uma premissa contraditória acerca da Separação dos Poderes, concluindo que tal Separação na verdade era fruto de uma resistência ao papel do Poder Judiciário como Poder balanceador e guardados das premissas constitucionais. Entre os vários institutos que sobreviveram no tempo, mesmo passadas diversas transformações sociais e políticas estão o da Supremacia do Interesse Público e o da Insindicabilidade dos Atos Administrativos. Discutiram-se então várias questões acerca do controle de mérito dos atos discricionários, anotando-se que a mais moderna doutrina não defende mais a tradicional dicotomia em atos vinculados e discricionários, ao invés sustenta-se que todo o ato é passível de maior ou de menor controle, conforme o grau de vinculação deste à juridicidade.

Deste modo verificou-se que a tendência atual é de restringir cada vez mais a zona de livre atuação Discricionária da Administração. Ainda mais ao se abordar a questão da discricionariedade técnica que se pretendeu demonstrar que é a modalidade que consta

presente em inúmeros concursos públicos, de modo que a margem com relação a abordagem das perguntas presentes na prova de seleção fica adstritas ao conteúdo científico da matéria em exame, ou seja diminui-se consideravelmente o espaço discricionário da Banca Examinadora.

Além da Discricionariedade verificou-se a incidência de alguns outros itens relevantes: os princípios republicanos e democráticos como estruturantes do Estado Democrático e capazes de se desdobrarem em diversos outros princípios e garantias, a incidências de princípios próprios da Administração Pública e ainda outros que são pertinentes à matéria estudada. A questão do Direito Fundamental à Boa Administração e a proposta moderna de se dar motivação aos atos administrativos veio para consolidar o pensamento de que todo esse arcabouço axiomático impulsiona a questão do controle judicial do concurso público para outro patamar.

Não obstante às tendências e propostas de renovação doutrinária, e jurisprudencial, as Cortes quanto ao controle, esbarram-se, entre outros muros, no postulado da Separação dos Poderes, ora exercendo papel mais ousado, ora mais tímido. Procurou-se demonstrar então que segundo boa doutrina, o melhor papel da Suprema Corte, parece ser mesmo este, o de apresentar-se como pontuador de equilíbrio entre os Poderes da República; no entanto, as mazelas e desmandos arbitrários presentes nos concursos apontam a outro caminho: os jurisdicionados esperam do Judiciário um papel mais ativo neste quesito.

A falta de uma legislação mais específica para a matéria parece desestimular o Judiciário neste ponto. De fato, procurou-se demonstrar os receios da magistratura em adentrar em questão de tamanha presença discricionária e não obstante o arcabouço principiológico existente, e os avanços já tidos, o Poder Judiciário tende a manter-se mais conservador nesta área, o que pode ser visto na fixação da tese no Tema 485.

A exposição de mazelas e o levantamento de propostas, bem como as breves considerações sobre alguns projetos de lei que pretendem disciplinar o assunto, poderá promover novo ânimo à magistratura, ou talvez estes esperem a consolidação de tal lei regulamentadora, para então a partir dela promover uma maior ampliação controladora sobre os concursos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Ainda sobre o controle judicial de questões de concursos. **Ponto dos Concursos**. Disponível em < <https://www.pontodosconcursos.com.br/artigo/13255/marcelo-alexandrino/ainda-sobre-o-controle-judicial-de-questoes-de-concursos> > Acesso em 09 de junho de 2016.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em < <http://direitodoestado.com.br> > Acesso em 19 de maio de 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, 2015. Volume 5, número especial, págs. 24-51. Disponível em <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2016.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJN, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 13, março/abril/maio 2008. Disponível em < <http://direitodoestado.com.br> > Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

_____. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. FGV, Rio de Janeiro, 239:1-31, janeiro/março 2005. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713> > Acesso em 14 de maio de 2016.

BRASIL. Senado Federal. Jornal do Senado, edição online de 04 out 2012. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2012/10/04/gim-busca-apoio-para-pec-que-permite-criar-lei-do-concurso-publico/imprimir_materia_jornal> Acesso em 11 de maio de 2016.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. CRUZ, Paulo Marcio. O Princípio Republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, janeiro-junho 2009. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5139>> Acesso em 14 de janeiro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

DOMINGOS, Liandro.SUNDFELD, Carlos Ari. Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro? **FA Fórum Administrativo Direito Público**. Belo Horizonte, ano 14, n. 159, págs 18-23, maio 2014. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/8496599/Forum_administrativo_direito_publico_n159_maio_2014>. Acesso em 17 de maio de 2016.

EUROPA. Parlamento Europeu. **Carta de Nice**. Disponível em <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>> Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3 ed., refundida e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do Princípio Republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 100, junho-dezembro 2005. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278>> Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A Constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro.** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19995-19996-1-PB.pdf>> Acesso em 23 de dezembro de 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: Novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto 2005. Disponível em < <http://direitodoestado.com.br>> Acesso em 23 de dezembro de 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 3 ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Método, 2015.

OSÓRIO, Fabio Medina. Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de ingresso nas Carreiras Jurídicas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 22, abril/maio/junho 2010. Disponível em < <http://direitodoestado.com.br>> Acesso em 18 de maio de 2016.

SADDY, André. **Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2014.