CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE A REALIZAÇÃO DE EXAMES E CONCURSOS PÚBLICOS NA TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL REVIEW OVER PUBLIC CONTESTS AND EXAMINATIONS ON BEHALF OF PROTECTION TO FUNDAMENTAL RIGHTS

Gabriel Barroso Fortes¹

Francisco Antonio Nogueira Bezerra²

RESUMO

Por muito tempo, a promoção, a execução e a apuração de exames, certames e concursos públicos foram tidas como questões atinentes à exclusividade do mérito administrativo e, por isso, imunes ao controle jurisdicional. Todavia, na perspectiva do pós-positivismo neoconstitucional, o dogma da separação de Poderes vem passando por releituras e reinterpretções, de modo que, no atual estágio constitucional, o Poder Judiciário tem se destacado na fiscalização da atuação dos demais Poderes, especialmente, na busca pela tutela dos direitos fundamentais. Nesse sentido, procuramos demonstrar, no presente trabalho, as repercussões que essa nova perspectiva trouxe para o campo dos exames e concursos públicos, desde o legítimo exercício do controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa até a possibilidade de que o Poder Judiciário, de fato, aprecie questões atinentes à conduta da Administração Pública na execução dos certames, utilizando o exemplo do Exame de Ordem. Defendemos, por fim, que o cidadão não pode ter negado seu direito de ação e de obter adequada tutela judicial sobre seu direito fundamental à liberdade de profissão, que haja sido limitado de maneira desarrazoada pela Administração Pública, quando se desvia da finalidade normativa ao executar a previsão legal que lhe autoriza realizar o exame de conhecimentos mínimos para o exercício da profissão.

Palavras-chave: separação de poderes; discricionariedade administrativa; exames e concursos públicos; controle jurisdicional; direitos fundamentais.

ABSTRACT

For a long time, the promotion, implementation and verification of public examinations, competitions and contests have been taken as matters relating to exclusivity of the merit of the administrative cause and, therefore, immune to judicial review. However, in the perspective of post-positivism and neo-constitutionalism, the separation of powers dogma has been revisited and reinterpreted, so that, at the current constitutional stage, the Judiciary has excelled in supervising the activities of the other branches, especially in the protection of fundamental rights. Accordingly, we tried to demonstrate, in this paper, the impacts that this new perspective brought to the field of public exams and tenders, exploring the legitimated exercise of judicial control over administrative discretion and also the possibility that the Judiciary, in fact, review issues related to the conduct of the administrative State in

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pós-graduando em Direito Processual pela Faculdade 7 de Setembro (FA7). Advogado.

² Mestre em Direito Constitucional (UFC). Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Procurador do Estado do Ceará.

implementing public contests, and for that we use the example of Barrister's Examination. We argue, finally, that none would have their right to seek their interests denied and have their right to receive adequate legal protection over their fundamental right to freedom of work limited unreasonably by Public Administration, or else it would dissolve the intention of law.

Keywords: separation of powers; administrative discretion; public contests and examinations; judicial review; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Na vigência do atual Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário vem assumindo destacado papel, no exercício da jurisdição constitucional, para a *garantia de direitos fundamentais*. E um dos principais eixos dessa tarefa está situado no controle externo que se vem promovendo sobre a atuação da Administração Pública, mormente para embargar as condutas e posturas estatais que desbordam de preceitos constitucionais implícitos, da ordem de Justiça, como os postulados de razoabilidade e proporcionalidade.

É nesse contexto de resguardo extremo aos *valores constitucionais*, numa perspectiva de pós-positivismo jurídico que toda a doutrina sobre o Direito vem reconhecendo novos paradigmas para a atuação dos Poderes Públicos, o que se promove a partir de uma releitura acerca dos dogmas e axiomas classicamente enraizados na ordem jurídica brasileira.

Na perspectiva dessa nova leitura constitucional, a separação de Poderes é exemplo de um postulado que ganha novos contornos, a partir da moderna hermenêutica jurídica, e, certamente, passa a ter conteúdo, ao mesmo tempo, mais denso e menos delimitado, de modo que não se pode mais falar na existência de áreas intransponíveis à fiscalização externa, nem mais se podendo defender uma tripartição absoluta e invencível, como se deu na consolidação do Estado liberal.

E, nesse contexto, alguns conceitos do direito público, especialmente do direito administrativo, como poder discricionário ou mérito da conduta administrativa, passam a ser reanalisados e redimensionados, na perspectiva de proteção aos direitos fundamentais e de efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a partir da atual ótica jurídico-constitucional que se lança sobre a atuação da Administração Pública, enfrentamos, neste trabalho, um temática que nem sempre recebeu tratamento adequado por parte da doutrina e, mormente, da jurisprudência brasileira: o controle jurisdicional sobre a execução de exames e concursos públicos.

Assim sendo, buscamos aqui, de forma sucinta e despretensiosa, abordar a questão em destaque, expondo algumas implicações que essa releitura da Constituição e dos direitos fundamentais traz para o dogma da separação de Poderes, especificamente no que tange o

controle externo, exercido pelo Judiciário, sobre a discricionariedade da Administração Pública na execução das normas relativas à liberdade de profissão e os exames públicos de conhecimento e qualificação.

A SEPARAÇÃO DE PODERES E A POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A principiologia constitucional, carregada de teor normativo, vem superando os antigos estratos jurídicos e promovendo o que se há chamado de “constitucionalização do Direito”. E isso tem implicação para todos os ramos da Ciência Jurídica, das esferas privada (direito empresarial, civil, comercial...) e pública (direito ambiental, penal, eleitoral...), numa nova e progressiva perspectiva do *neoconstitucionalismo* (CAMBI, 2008, p. 143).

Diferente não ocorreu com o *direito administrativo*, que, antes vigiado pela estrita e imediata cobrança da lei, hoje se vê regrado, primeira e superiormente, pelas próprias *normas constitucionais*, o que engloba tanto suas regras explícitas quanto seus princípios implícitos. E isso traz uma revolução jurídica para o campo de relação entre a Administração Pública e os cidadãos, como explica Luís Roberto Barroso (2009, p. 375-376):

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.

Certamente, uma das mais significativas “mudanças” ocorridas na perspectiva jurídico-constitucional brasileira foi a possibilidade de controle mais contundente e penetrante, por parte, principalmente, do Poder Judiciário, nas esferas de competência dos órgãos executivos estatais, tendo com pano de fundo o axioma de supremacia e proteção da Constituição.

Como causa e, ao mesmo tempo, efeito dessa perspectiva, vê-se uma espécie de “mitigação”, senão superação, do e então relutante dogma de separação absoluta de Poderes Públicos – visão *liberal* não apenas ingênua, mas dissonante do próprio contexto constitucional atual:

A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos – mas também indesejada, de tal modo que distante de uma separação de Poderes, o que se tem, deveras, é uma verdadeira *coordenação* ou *colaboração* ou *coparticipação* entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função do outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a

melhor realização do bem comum. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 279).

Aliás, destaque-se, limitação do exercício do Poder e proteção das liberdades fundamentais são as duas bases em que se firmaram as colunas do constitucionalismo moderno, que surgiu como forma de estabelecer parâmetros de atuação dos quais não se poderiam afastar ou dissentir os órgãos estatais, sob pena de incorrerem em indesejada afronta às normas fundamentais. E essas regras de contenção, como se vê, podem ser resumidas na expressão e desdobramentos da cláusula de *devido processo legal*.

A Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto norma jurídica suprema, garante a todos o direito ao devido processo legal, como uma forma de traduzir os preceitos de *justiça* e *equidade* perante os atos estatais, judiciais ou administrativos, que visem à constrição do patrimônio jurídico de qualquer pessoa:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Como mencionado, o preceito de que deva existir um devido processamento de atos do Poder Público é a causa primária do desenvolvimento do próprio constitucionalismo, que teve nascedouro – e possui desdobramento – na necessidade de imporem-se limites à atuação estatal para que se possam garantir direitos fundamentais.

Essa construção jurídica revelou-se, de maneira mais contundente, na consagrada *Magna Charta Libertatum*, de 1215, símbolo da oposição às arbitrariedades e cujos dispositivos outra coisa não representaram senão incontáveis normas hoje presentes nas Constituições dos Estados democráticos, como é o caso da Constituição brasileira de 1988 (SANTANA, 2010, p. 89). O documento da época, além de prenúncio do que viria a consolidar-se como a doutrina do constitucionalismo, já resguardava, como corolário dos preceitos de justiça, a *liberdade individual*, aí se enquadrando a proteção do patrimônio e da vida, que somente poderiam ser limitados por ato legítimo e adequado às regras pré-estabelecidas:

Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus parece e pela lei do país (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 576).

O devido processo legal, assim, surge como garantia de que os direitos fundamentais de qualquer pessoa não sejam tolhidos ou limitados de maneira injusta, desproporcional ou

ilegal, não apenas no curso de um processo formal, onde se exercite o direito de ação perante o órgão judicial, mas *diante de qualquer atuação do Poder Público* da qual também decorra a possibilidade de privação do patrimônio jurídico individual.

E é justamente por isso que a cláusula *due process of law* manifesta-se, em todos os campos do direito, em seu aspecto *substancial*, não apenas processual, como entende Nelson Nery Júnior (2013). No direito administrativo, por exemplo, o postulado do *due process* é reconhecido noutra roupagem, como princípio da legalidade, que retrata a noção de Estado de Direito, no qual a atuação da Administração Pública está sempre balizada pelas prescrições legais e constitucionais pré-estabelecidas, principalmente quando afeta diretamente os direitos dos cidadãos, revelando-se, aí, a incidência substancial da cláusula *due process* no direito administrativo (NERY JÚNIOR, 2013, p. 97).

Assim, se o princípio da legalidade cumpre exponencialmente a função de *defesa do administrado*, essa garantia apresenta-se com vigor extremo nas situações em que se encontra desencadeada frontal contraposição entre o Poder Público e o cidadão, na qual a Administração comparece com seu poderio de ação, na posição de vergastadora dos interesses do indivíduo, o qual, por sua vez, se encontra prensado, então, pelo prejuízo que ela própria lhe decidir impor (MELLO, 2003, p. 65).

E por isso se torna imprescindível a garantia de acesso à jurisdição, como meio de resguardo dos interesses dos cidadãos ante as indevidas investidas da Administração Pública, revelando-se o princípio da inafastabilidade jurisdicional como decorrência do direito fundamental de ação, que gera a obrigação do Estado-Juiz de prestar a tutela efetiva a todo e qualquer direito que venha ou possa vir a ser violado (MARINONI, 2011, p. 213), uma vez que a possibilidade de controle dos atos administrativos, por parte do Judiciário, é manifestação da incidência vinculativa do princípio de *due process of law* (NERY JÚNIOR, 2013, p. 97-98).

Todo comportamento administrativo que resulte em constrição de direitos individuais, portanto, é sempre *passível de ser apreciado* pelo Poder Judiciário, principalmente por força da cláusula constitucional que veicula o direito de acesso à justiça³.

Destaque-se, ademais, que, em razão da nova ótica por meio da qual se passa a analisar as instituições e os institutos jurídicos, também a garantia da proteção judicial, não obstante sua longínqua presença no ordenamento brasileiro, vem sendo alvo de renovada e extensiva interpretação e, por conta disso, o Poder Judiciário tem avançado *consideravelmente*

³ “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CR/88).

na efetivação das normas constitucionais e, especialmente, na tutela dos direitos fundamentais.

E essa perspectiva é de suma importância quando se trata da tutela às liberdades dos cidadãos em face de arbítrio praticado por agentes administrativos que desviam da pauta de legalidade a conduta do Poder Público.

Justamente por isso, o que se tem promovido é uma releitura – de sentido extensivo e proativo⁴ – da competência judicial para exercer o controle externo sobre a conduta da Administração Pública, de modo que não se autorizem nem permaneçam intactos os desvios de finalidade e as injustiças praticadas sob o talante dos agentes que exercem a função executiva, principalmente quando se trata de atos administrativos discricionários. Nesse sentido, assim sustenta Paulo Henrique Lucon (2008, p. 22-23):

É importante destacar nesse contexto a ampliação do controle jurisdicional no que concerne aos limites da censurabilidade dos atos administrativos por parte dos órgãos jurisdicionais. Embora a cláusula do devido processo legal e a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional estejam há tempos no direito constitucional brasileiro, os juízes vêm colocando um *ponto final* nessa divisão até então intocável entre os *aspectos legais do ato administrativo* – que podem ser examinados pelo Poder Judiciário (Súmula 473 STF) – e o *mérito do ato* – [cujo exame] a previsão constitucional da separação dos Poderes do Estado não autoriza [...]. A tendência é clara de fazer com que os órgãos jurisdicionais cheguem bem próximos ao mérito do ato administrativo (p. ex., nova análise de toda a prova produzida no processo administrativo), ampliando sensivelmente a sua órbita de controle. Isso significa, em síntese, reduzir os conflitos até então não submetidos à análise dos órgãos jurisdicionais, ampliando sua atuação.

E, no campo da prática jurídica, o Superior Tribunal de Justiça já deixou assente entendimento acerca da possibilidade de *ampla atuação judicial* sobre a conduta administrativa discricionária, como se lê na ementa do seguinte julgamento:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXAME DA OAB. REVISÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA REFERENTE À SEGUNDA FASE. LIMINAR CONCEDIDA E CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CHAMADO MÉRITO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PODER PÚBLICO E A QUEM QUER QUE SEJA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A existência de situação consolidada *ex ope temporis*, há mais de seis anos, impõe que seja mantido o acórdão do Tribunal de origem, que determinou a revisão da pontuação na prova prático-profissional da ora agravada, com a consequente tramitação de seu exame da Ordem, com a nota revisada, de sorte que a parte originalmente beneficiada pela medida judicial, não seja prejudicada pela posterior desconstituição da decisão que lhe conferiu o direito pleiteado inicialmente, quando se verifica que a manutenção do ato em nada prejudicará o Poder Público, ou quem quer que seja.

⁴ “O conceito de 'devido processo' foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão” (NERY JÚNIOR, 2013, p. 96).

2. Na presente situação, não há negar que o préstimo da jurisdição produz efeitos consistentes, que somente devem ser desconstituídos se a sua manutenção lesar gravemente a parte desfavorecida ou a ordem jurídica; não se afastam os efeitos da decisão quando não presentes essa lesão ou essa ameaça de lesão.

3. Outrossim, a antiga doutrina que vedava ao Judiciário analisar o mérito dos atos da Administração, que gozava de tanto prestígio, não pode mais ser aceita como dogma ou axioma jurídico, eis que obstaría, por si só, a apreciação da motivação daqueles atos, importando, ipso facto, na exclusão apriorística do controle dos desvios e abusos de poder, o que seria incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica e do seu propósito de estabelecer controles sobre os atos praticados pela Administração Pública, quer sejam vinculados (controle de legalidade), quer sejam discricionários (controle de legitimidade).

4. Agravo Regimental da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Paraná desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp 1213843/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 14/09/2012) [Grifos Nossos]

Decorre dessa perspectiva que não resta praticamente qualquer aspecto dos atos estatais que não mais seja passível de apreciação judicial, desde os atos político-normativos – com o aprimoramento dos mecanismos de controle de constitucionalidade – aos executivo-administrativos – diminuindo-se, cada vez mais, aquele espaço, tido antes por irretocável, de evasão do mérito do juízo de discricionariedade.

Trata-se, então, de mais uma tendência decorrente da abrangente “constitucionalização” do direito administrativo, na perspectiva do *neoconstitucionalismo*, como defende Luis Roberto Barroso (2009, p. 377):

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa [...].

E essa interferência judiciária no comportamento administrativo há também se justificado por motivos jurídicos superiores à ideia de separação de Poderes, frente aos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito:

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 281).

Nesse contexto, então, a *discricionariedade* e o próprio *mérito* do ato administrativo tornam-se absolutamente contempláveis pela análise judicial, e isso se manifesta nos mais variados aspectos do juízo de conveniência e oportunidade tradicionalmente balizadores da atuação dos agentes públicos.

E uma dessas áreas de incidência reside, justamente, na possibilidade de sindicância dos fatos atinentes à realização de certames públicos por ato da Administração, em especial quanto à execução de exames de conhecimento – antes vistos, equivocadamente, como um campo de ação administrativa em que não deveria ingressar a autoridade da jurisdição.

De fato, a nova perspectiva constitucional dos direitos fundamentais não apenas impede tal abstenção, como impõe ao magistrado que atue com vigor e sensibilidade sobre a causa em que se discutem práticas *inéquas* ou *desarrazoadas* da Administração Pública. E a justificativa, para tanto, é, de certo modo, contundente: não se pode tolerar a prática de injustiças – e toda falta de razoabilidade revela uma falta de justiça – sob pretexto de que haveria uma barreira jurídica a proteger as “desrazões” da conduta administrativa que se veste como discricionária.

O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais (MARINONI, 2011, p. 210).

A cláusula de *acesso à justiça*, então, compreende não apenas a garantia de peticionar aos órgãos judiciais, mas o próprio direito fundamental de acesso à *justa tutela de interesses*, isto é:

[...] a designação *acesso à justiça* não se limita apenas à mera *admissão ao processo* ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do *acesso à ordem jurídica justa*, que abrange: I) o ingresso em juízo; II) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; III) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); IV) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); V) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos) (CAMBI, 2008, p. 157).

O direito fundamental à *inafastabilidade da jurisdição*, assim, ganha novos contornos a partir da constitucionalização do direito processual, cujo regramento, então, tem encontrado respaldo antes nos princípios e regras constitucionais do que meramente na legislação de processo; e este, por sua vez, passa a ser visto, numa ótica publicística, como meio à disposição do Estado-Juiz para a realização da justiça, com a proteção de valores superiores. E a salvaguarda de tais objetos e objetivos, certamente, passa pela garantia do devido processo legal, que deve não apenas ser *conforme as regras*, mas também *justo*, isto é, “sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada” (CAMBI, 2008, p. 157).

Revela-se, assim, outra vez, a ideia de força vinculativa dos preceitos constitucionais e, em destaque, a cláusula *due process of law*, afinal, como defende Lucon (2008, p. 28), “em síntese, a essência do devido processo legal substancial é a proteção a toda e qualquer ação arbitrária e não razoável”.

E, por isso, não se poderia consentir ao entendimento de que existiria um núcleo *intangível* na composição e execução de todo ato administrativo discricionário. Tanto não mais subsiste a doutrina de separação absoluta e incontornável entre os órgãos funcionais do Estado quanto tampouco se poderia permitir que o “mérito” da atuação administrativa sirva de escudo para a consolidação de situações injustas.

Ademais, para que, de outro lado, não se tenha uma indevida invasão de autonomia orgânica, as peculiaridades de cada caso concreto é que deverão definir o alcance da *abrangência* da tutela judicial sobre o comportamento do agente administrativo.

E justamente nessa esteira é que não se poderia vislumbrar um “ponto cego” para o alcance da jurisdição que impedisse o magistrado de apreciar questões atinentes ao que se conveio chamar “mérito administrativo” na execução, particularmente, de certames e concursos públicos – objeto do presente estudo.

Afinal de contas, mesmo que se argumente sobre o perigo dos excessos de jurisdição ou quanto às possíveis falhas da própria cognição judicial, ainda assim pode-se sustentar ser preferível ou, melhor, mais legítimo, na vigência do Estado Democrático de Direito, suportar uma falha de juízo da judicatura a deixar incólume uma incongruência unilateral dos órgãos administrativos.

E essa é a perspectiva pela qual se busca analisar o tema presente.

O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE A REALIZAÇÃO DE EXAMES PÚBLICOS

Sabe-se que não é estranho à atuação do Judiciário brasileiro examinar causas que envolvem concursos públicos, principalmente para aferir a normalidade de andamento e o atendimento às estipulações que regulam os certames. Vários são os exemplos que se colhem da jurisprudência pátria, no sentido interventivo⁵, como no seguinte julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. JUIZ SUBSTITUTO DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO. OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA. EXIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA QUESTÃO NÃO VALORADA NO ESPELHO DE CORREÇÃO DA PROVA DE SENTENÇA PENAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA MORALIDADE. INCLUSÃO DE NOVO ITEM NO ESPELHO DE CORREÇÃO.

⁵ V., dentre outros, REsp 945.357/DF; AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC (STJ); AMS 200434000419085 (TRF1); AG 49769 (TRF5); *etc.*

REDISTRIBUIÇÃO DOS PONTOS.

1. É cediço que o controle judicial do ato administrativo deve se limitar ao exame de sua compatibilidade com as disposições legais e constitucionais que lhe são aplicáveis, sob pena de restar configurada invasão indevida do Poder Judiciário na Administração Pública, em flagrante ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

2. Desborda do juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo, exercido privativamente pelo administrador público, a fixação de critérios de correção de prova de concurso público que se mostrem desarrazoados e desproporcionais, o que permite ao Poder Judiciário realizar o controle do ato, para adequá-lo aos princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 37 da Carta Constitucional.

3. Mostra-se desarrazoado e abusivo a Administração exigir do candidato, em prova de concurso público, a apreciação de determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração para a atribuição da nota no momento da correção da prova. Tal proceder inquina o ato administrativo de irregularidade, pois atenta contra a confiança do candidato na administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

4. Recurso ordinário provido.

(RMS 27.566/CE, Rel. Min. JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Min. Laurita Vaz, T5 julgado em 17/11/2009, DJe 22/02/2010).

Como se pode perceber, então, se não se deverá substituir o juízo de conveniência e oportunidade em que se funda a decisão administrativa para a instauração e realização dos certames públicos, não escapa do Poder Judiciário, todavia, o controle sobre a execução dos torneios concursais, porquanto não se trata de invasão de competência, mas apenas de *verificação de normalidade* na conduta administrativa.

E, como objeto do estudo aqui desenvolvido, utilizaremos o exemplo do “Exame de Ordem” para tratar a questão numa perspectiva mais próxima da realidade, de modo a facilitar a captação do entendimento que aqui se ostenta. Sabe-se que o exame realizado pela OAB não é exatamente um concurso público no estrito termo da expressão, mas que há recebido equivalente tratamento jurídico-administrativo na jurisprudência⁶, justamente por também contemplar exame público de conhecimento para o exercício de profissão técnica⁷.

O caso do Exame de Ordem (OAB)

Suscitemos a hipótese de que o cidadão compareça a juízo, requerendo que o órgão judicial reconheça a incorreção na decisão administrativa, tomada durante a realização do Exame de Ordem, que desaguou na sua reprovação, por exemplo, na segunda fase do certame, e que isso se deu a partir de uma avaliação juridicamente errônea, baseada em critérios desprovidos de razoabilidade.

Deve-se adiantar que, em tais casos, não se deverá esperar do Judiciário o comportamento de uma instância recursal para a *revisão* de toda e qualquer questão elaborada

⁶ RMS 33884 / RS

⁷ Prevê o Estatuto da Advocacia (Lei n° 8.906/94) que, para inscrição como advogado, é obrigatória a aprovação no Exame de Ordem (art. 8°, IV).

pela entidade executora do certame. Mas isso, por si só, não excluiria o poder-dever de apreciação e correção judicial de todo e qualquer (f)ato administrativo que venha a destoar dos postulados de razoabilidade e proporcionalidade (CUNHA, 2012, p. 628-629), principalmente em face dos objetivos vislumbrados pela norma que impõe a realização do certame público.

A sindicabilidade de tais situações, além de impedir a inibição prematura da apreciação judicial, não deve significar, de qualquer sorte, que o Poder Judiciário substitua a Administração Pública na elaboração, execução e apuração dos exames realizados. Isso, porém, não obsta que o juiz analise a *justeza da situação* em que se encontra o cidadão perante a conduta estatal.

Vige, no ordenamento brasileiro, o preceito da *liberdade profissional*, que, veiculando direito fundamental expresso, não poderia ser reduzido ou mitigado senão pela própria Constituição, cujo dispositivo dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII).

Vê-se, então, que a única ressalva feita no texto constitucional, quanto ao direito fundamental de liberdade, diz respeito às *qualificações* que devem ser exigidas do cidadão que pretende exercer livremente o ofício almejado.

Como se pode atestar, portanto, tal disposição constitucional veicula *duas normas* relativas ao direito fundamental em questão: 1) uma que assegura a liberdade do exercício de profissão; e 2) outra que autoriza a abertura de condicionantes para o acesso a esta liberdade.

Trata-se, no segundo caso, de típica norma que autoriza *restrição* ao direito fundamental veiculado na primeira hipótese. E tal restrição, como elencado, deve ser instrumentalizada por lei.

De acordo com a moderna teoria – capitaneada por Robert Alexy – que analisa as disposições constitucionais sobre direitos fundamentais, podem elas veicular normas-princípios ou normas-regras, que se diferenciam por sua estrutura jurídica: enquanto *regras* estipulam condutas e preveem desfechos, com pretensão de definitividade, *princípios* impõem mandados de otimização, que permitem a realização, em variados graus, da finalidade comandada (ALEXY, 2010, p. 90-91).

E esses dois tipos de normas (princípios e regras), ao tratarem de direitos fundamentais, terão, como se pode inferir, variadas *juridicidade* e *concreção*, conforme a estrutura de cada disposição.

Nesse sentido, é certo que toda norma que veicula um direito fundamental à liberdade (de profissão, de expressão, de locomoção, de pensamento *etc.*), sem que – como do contrário não poderia – defina o modo de contemplá-la, consiste, então, de um *princípio* constitucional e, como tal, deve ser realizada na *máxima medida possível*, conforme permitam as *circunstâncias fáticas* e as *condições jurídicas* (ALEXY, 2010, p. 90).

Portanto, para que se defina a abrangência da tutela abstrata da liberdade fundamental – que tende a ser plena, se não encontrar limitações fundamentadas – devem ser analisados os possíveis óbices *jurídicos* e *fáticos* que incidem na situação sob exame.

Primeiramente, cumpre observar que – como mencionado – a *restrição jurídica* ao direito fundamental já foi prevista pela própria Constituição e, no caso do Exame de Ordem, já se encontra instrumentalizada por meio de lei.

Nesse sentido, então, embora vija o princípio da liberdade de profissão, a *reserva de acesso* à atividade de advocacia, para cujo exercício pressupõe-se aprovação no Exame de Ordem, cuja constitucionalidade o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu⁸, mostra-se como adequada *restrição jurídica*, imposta por lei, como previsto na própria Constituição.

Mas isso não exclui, todavia, o fato de que, inobstante a legitimidade da restrição normativa (limitação em tese), a restrição imposta pelas *circunstâncias fáticas* (limitação concreta) pode ser considerada *ilegítima*.

Quer-se explicar com isso que toda norma-princípio de direito fundamental, justamente por ser-lhe ínsita a aplicabilidade máxima, demanda – assim entendemos – a *menor restrição possível*, principalmente quando a limitação não for imposta diretamente pela Constituição.

Assim, se o texto constitucional apenas autoriza o legislador ordinário a estipular regramento para a concreção da ressalva “atendidas as qualificações profissionais...”, sem, contudo, esclarecer os aspectos de sua formulação, ou seja, se a Constituição concede *margem discricionária* para a criação de restrições legais ao direito fundamental, não somente a *previsão* a ser feita em lei como também sua própria *execução* deverão ser dotadas das maiores cautelas e aviadas com as devidas balizas constitucionais.

E, nessa direção, ainda que a *restrição jurídica*, por um lado, se mostre compatível com a ordem constitucional, disso não decorre, necessariamente, que a *produção de efeitos* dessa norma restritiva será invariavelmente legítima.

⁸ RE 603.583, Rel.: Min. Marco Aurélio, DJe-102 – Public. 25.05.2012.

Desse modo, então, a própria *execução da norma* poderá, facilmente, destoar do princípio constitucional que veicula o direito fundamental protegido, principalmente quando se afastar dos preceitos de *razoabilidade e proporcionalidade*.

Assim, se a tarefa do legislador, ao que parece, foi cumprida de maneira conforme a Constituição – já que o STF reconheceu a legitimidade da regra legal que prevê a aprovação no Exame de Ordem como requisito para o livre exercício da atividade advocatícia (direito fundamental) –, o mesmo não se há de afirmar, obrigatoriamente, quanto à *execução* dessa previsão.

Ao Poder Judiciário compete verificar os atos que dão concreção às previsões normativas, de modo a identificar-lhes a legitimidade e, conseqüentemente, a conformidade constitucional, principalmente quando se trate de temática que envolva os direitos fundamentais:

A Corte Constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que *qualquer medida concreta* que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se *incompatível* com o princípio da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 370) [destaques nossos]

E esse controle, como já salientado, não deverá ser superficial ou meramente formal, mas *substancial*, é dizer, um controle suficientemente íntimo ao *mérito* do ato normativo ou administrativo, provendo-se, assim, a tutela *efetiva* do cidadão em face dos órgãos do Poder Público, principalmente, em nome dos preceitos constitucionais de liberdade, isonomia e dignidade humana (art. 5º c/c 1º, III):

Revela-se, por conseguinte, o direito de *defesa* contra a má conduta da Administração Pública, direito fundamental do cidadão de ver processados diante do Poder Judiciário os fatos que, por destoarem dos preceitos de *justiça e razoabilidade*, lhe hajam provocado gravame antijurídico:

O Estado também tem o dever de tutelar *jurisdicionalmente* os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela *normativa*, além de ter o dever de dar tutela *jurisdicional* a toda e qual espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) (MARINONI, 2011, p. 141).

E, na hipótese sob estudo, o cidadão que, reprovado no Exame de Ordem por injusta e desarrazoada decisão do órgão executor do certame, comparece em juízo terá, certamente, direito de presenciar o devido processamento da atuação administrativa, que afetou diretamente seu direito fundamental de ter acesso à liberdade de exercício profissional.

Como já indicado, todo e qualquer ato administrativo deve ser analisado com base no devido processo legal, por força do qual devem ser assegurados, diante da autoridade judiciária, todos os meios de oposição, por parte do indivíduo, às conclusões e investidas da Administração Pública.

Assim, compete ao juiz verificar não apenas o *modo* de atuação, mas se o próprio *ato* praticado, em si, atende à finalidade visada pela norma que autoriza órgão administrativo a adotar os procedimentos de sua execução.

Isso porque à discricionariedade da autoridade administrativa diante da norma (em tese) não corresponde uma *liberdade intocável de atuação* na sua concreção, como sustenta Celso Antonio Bandeira de Melo (2008, p. 31):

[...] pode-se dar como certo que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a intelecção das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do *campo significativo possível* daquelas palavras, considerando tal campo significativo ao lume da acepção corrente que tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo.

E essa perspectiva é complementada, em consequência, pela ideia de que o Poder Judiciário, enquanto guardião do ordenamento jurídico-constitucional, está autorizado a *esmiuçar* toda a atmosfera que envolve os atos administrativos, principalmente aqueles que interferem *negativamente* nas pretensões dos cidadãos, em especial quando *direitos fundamentais* estão envolvidos.

Veja-se, nesse sentido, o entendimento de Luis Roberto Barroso (2009, p. 377), acerca da possibilidade de controle judicial sobre o *mérito* da atuação administrativa:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa [...].

Nota-se, então, não basta apenas que a previsão legal para a atuação da Administração Pública *autorize* sua execução com base em discricionariedade, mas é incontornável, sim, que a própria conduta administrativa encontre *limites* nos preceitos superiores do ordenamento constitucional.

O fato de que a previsão legal do Exame de Ordem teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF não significa, porém, que sua *execução*, isto é, a realização do certame siga, inexoravelmente, a mesma sorte.

E é justamente nessa exata perspectiva que sustentamos o presente estudo, no sentido de que seria dado ao Poder Judiciário reconhecer que a execução da previsão legal possa revelar-se *ilegítima*.

A impugnação judicial e o controle jurisdicional sobre o certame

Na esteira do exemplo que se vem assumindo, ao cidadão caberá a *demonstração*, efetiva, de que, não obstante a decisão da entidade administrativa que o tenha reprovado, seu desempenho no exame, na verdade, atendera à finalidade maior de realização do certame.

E, certamente, o argumento mais plausível a ser utilizado – e talvez aquele que mais provavelmente possa gerar efeitos práticos – fundar-se-á, provavelmente, na alegação de que a entidade administrativa decidiu pela reprovação, sem, contudo, dispensar *adequado tratamento técnico* às proposições do candidato, no que concerne à disciplina jurídica veiculada nos quesitos da avaliação – o que, nessa linha argumentativa, viria a evidenciar *desarrazoabilidade* dos critérios adotados pela banca corretora⁹.

Mas não estamos defendendo, ressalte-se, que se leve ao Judiciário toda e qualquer discussão sobre qual seria a “melhor interpretação” de quesitos postos em provas de conhecimento jurídico, sob pena de inviabilização da própria realização dos certames e da atividade jurisdicional. Porém isso, por si só, não impede que o órgão judicante, exercendo sua competência constitucional, examine o *modo* como a Administração Pública procedeu à execução da norma que lhe caberia concretizar.

O que se sustentamos, todavia, é que, esgotada a instância administrativa de revisão da correção, mas mantida a desaprovação pela banca, e se o candidato, ainda sim, entender que o comportamento da Administração Pública destacou-se do parâmetro constitucional, que não admite a limitação injusta à liberdade de profissão, o Judiciário não pode furtar-se de apreciar o pleito do cidadão, sob pretexto de que não se pode adentrar o mérito da atuação administrativa.

E eis uma situação possível que entendemos enquadrar-se no que se está defendendo: quando o cidadão, por exemplo, comparece a juízo após haver consultado a opinião de um perito – preferivelmente, mais de um, na verdade – no assunto jurídico do exame, que, por sua vez, ao avaliar a interpretação do candidato, haja constatado que as respostas dadas, embora desconsideradas pela banca, estejam juridicamente corretas/adequadas. Numa situação como essa, pois, não se poderia recusar prestação jurisdicional sobre o mérito da causa.

⁹ Destaque-se que, na prática, não é a OAB que executa o Exame de Ordem, mas entidade por ela contratada, geralmente especializada na realização de certames e concursos públicos.

E a mola propulsora dessa possibilidade residirá, justamente, na ideia da finalidade da previsão normativa que autoriza a realização do certame, ou seja, uma exposição do mérito administrativo, que se fará pela análise da moralidade no comportamento da Administração, em face ponderação entre os meios e os fins envolvidos no caso (VIANA, 2011, p. 142).

Ora, se, ainda nesse exemplo, um perito independente já houver reconhecido o acerto na resposta do examinando em face da prova a que fora submetido, por que, simplesmente, com base no “gabarito” decidido unilateralmente pela entidade administrativa poder-se-ia afirmar a incapacidade profissional do candidato?

Sabe-se que não apenas a Administração Pública em si – os órgãos estatais, em sentido estrito – deve ter seus atos balizados pelos preceitos de *proporcionalidade e razoabilidade*, mas também as *entidades privadas* que exerçam papel público ou atuem para sua concretização estão sujeitas ao controle jurisdicional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 281).

E, justamente porque atua em operação (exame de qualificação) que afeta diretamente a *liberdade de acesso à profissão advocatícia* (direito fundamental), a entidade executora do certame da OAB deve cercar-se das maiores cautelas possíveis para não cometer *injustiças* e acabar tolhendo, indevidamente, o direito fundamental do candidato. Todavia, se neste quadro vier a encontrar-se o cidadão, deve-se-lhe assegurar a adequada tutela judiciária.

Com efeito, sendo regra a *liberdade* de profissão, a cláusula constitucional de *exceção* “atendidas as qualificações profissionais...” deve não apenas ser interpretada, mas *aplicada* restritivamente.

Nesse sentido, então, a *discricionariedade* permitida ao executor do evento pelo *silêncio normativo* – porquanto nem a Constituição nem o próprio Estatuto da OAB descrevem/definem o modo de operar o exame de qualificação – não significa, porém, que haveria liberdade plena de atuação na elaboração, execução e apuração do certame por parte da autoridade examinadora.

Quer-se dizer com isso que a margem de liberdade, “autorizada” pela norma, para que a Administração realize, com discricionariedade, o evento previsto (exame de conhecimento técnico) jamais poderá significar, de fato, completa “liberdade” para sua *execução* no caso concreto, porquanto é a *finalidade* almejada em âmbito constitucional que deverá servir de pauta para sua *atuação*:

[...] o âmbito de liberdade do administrador perante a norma não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante fato. Está-se afirmando que *a liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta.*

[...] o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade (MELLO, 2008, p. 36).

Portanto, se, por um lado, a Administração é plenamente livre para analisar a *conveniência* e a *oportunidade* de realização do certame, não necessariamente o seria, por outro, para delimitar a apuração dos resultados, caso venha a desviar-se da finalidade normativa que induz à execução do exame.

Ora, se o único *intuito* da Constituição, ao fazer a *ressalva* da liberdade de acesso à profissão em face das qualificações exigidas em lei, não é outro senão que o pretense advogado demonstre *conhecimento jurídico mínimo* suficiente a evidenciar sua capacidade técnica para atuar na defesa do patrimônio, da liberdade e, até mesmo, da vida de outros cidadãos, diante das contendas do dia-a-dia, o que se espera do bacharel em Direito, portanto, é a competência para saber lidar com as minúcias e nuances da prática jurídica, em cada caso concreto.

Ocorre que – aqui se encontra um problema corriqueiro na realidade social brasileira, e justamente por isso torna-se imprescindível o estudo do tema – a história do Direito deixa à mostra que toda causa jurídica, na verdade, enseja, inevitavelmente, *variadas interpretações* e, por conseguinte, *diversos entendimentos e conclusões*. E, como sabido, nem sempre se poderá afirmar que “esta” ou “aquela” será a única resposta conclusiva acerca de uma dada questão jurídica.

E, justamente por isso, inúmeras disputas são travadas entre sujeitos que, diante de um mesmo fato, acabam adotando perspectivas distintas e, assim, entendem diversamente acerca de cada correspondente desfecho jurídico.

Não fosse assim, da mesma forma, não se veriam, em todo processo, teses antagônicas, embora juridicamente lógicas, sendo defendidas com adequada técnica e embasamento suficiente para convencer o julgador, que, todavia, deverá acolher apenas uma delas – ou, até mesmo, uma terceira, que parta de sua opinião.

Nesse sentido, contudo, não nos parece que alguém afirmaria que dado advogado, porque defendera tese não acolhida na decisão judicial, careceria de qualificação técnica ou que, por sustentar interpretação que diverge do posicionamento majoritariamente ostentado pelos demais juristas, seria inepto para desempenhar atividade advocatícia.

E isso apenas deixa claro que o próprio exercício profissional do Direito, pautado pela hermenêutica, passa pelo *debate*, pela *argumentação* e pela possibilidade de *convencimento*.

É certo, para que se tenha como plausível e acolhível alguma tese jurídica, tanto nas digressões acadêmicas quanto na prática forense, basta-lhe a argumentação utilizada pelo profissional seja *juridicamente lógica* e, certamente, enseje um desfecho voltado para a *justiça*, diante de um caso concreto.

Do contrário fosse, estar-se-ia proclamando a completa inutilidade do estudo das demais ciências correlatas à jurídica, como a sociologia, a filosofia, a economia, a antropologia, a psicologia, a política *etc.*, que são responsáveis justamente pela volatilidade do Direito.

Aliás, os próprios posicionamentos judiciais, como de sabença geral, costumam divergir e, não raramente, alternar-se diante de outras interpretações e entendimentos. São de fácil reconhecimento, por exemplo, as repentinas mudanças na jurisprudência das Cortes Superiores brasileiras – o que, por sua vez, não significa, por exemplo, que estes ou aqueles ministros, quando proferiam entendimento antes dominante, estivessem certos ou errados, em cada momento hermenêutico.

O que se queremos dizer nesta explanação é que, se a própria *prática* da ciência jurídica revela a inexistência de falar-se em entendimento “certo/errado”, não é sem problemas que pode querer impor “esta” ou “aquela” interpretação como correta, na realização de exame de conhecimento técnico, principalmente, consoante o exemplo que demos, no caso de reprovação na segunda fase do Exame de Ordem, quando se propõe ao postulante uma situação hipotética a ser resolvida como caso concreto.

Parece insustentável, aliás, negar apreciação judicial à causa, principalmente quando, tal qual suscitamos acima, o candidato comparece a juízo munido de um laudo pericial que atesta a assertividade de suas respostas e, conseqüentemente, sua aptidão técnica.

Certamente, *sentenciar* que o aspirante à advocacia não possui conhecimento jurídico suficiente para o exercício profissional, simplesmente porque apresentara, para a hipótese desafiada na prova, *solução divergente* do que tencionava a banca examinadora – não obstante fosse juridicamente válida – é, entendemos, comportamento, no mínimo, desprovido de *razoabilidade*.

Se o escopo para realização do Exame de Ordem nada mais é senão a averiguação das “qualificações profissionais” que a própria Constituição previu como suficiente a ensinar o livre exercício da carreira advocatícia, a Administração Pública, ao exercer o poder discricionário, embora goze de certa “liberdade” ou “autonomia”, não pode desviar-se da efetiva finalidade que se busca com sua atuação (CUNHA, 2012, p. 621), principalmente

quanto à finalidade específica de atender ao resultado almejado pelo legislador, que lhe autorizou a concretização da previsão constitucional (NAKAMURA, 2012, p. 44).

Ora, a única atitude discricionária que resiste à apreciação judicial exsurge das situações em que à Administração cabe optar por determinado objeto, atendendo à finalidade normativa, de acordo com a oportunidade e conveniência das circunstâncias, desde que sua escolha não se desprege das bases legais nem resulte em injustiças. Não sendo assim, porém, o Judiciário não apenas pode como deve impor-se aos desvios dos demais órgãos do Poder Público, consoante defende Celso Antonio Bandeira de Melo (2008, p. 48):

[...] o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma.

Este é um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos – praticados embora *sub color* de (pretense) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricionariedade administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito.

Certamente, o escudo que se ergue sob a escusa de que os critérios de correção de certames públicos seriam pontos concernentes ao mérito do ato administrativo e que, por isso, não poderiam ser submetidos à apreciação jurisdicional não deve resistir, contudo, à evidência de que tenha faltado razoabilidade ao comportamento da Administração e que, por isso, o Poder Judiciário há de intervir com veemência, para salvaguardar o cidadão contra qualquer injustiça (art. 5º, XXXV, CR/88).

É o que se infere, por exemplo, do entendimento de Luis Manuel Fonseca Pires (2009, p. 239-240):

Não defendemos, e fazemos questão de esclarecer, que o Judiciário se torne uma instância de revisão de provas de concursos públicos. Mas defendemos, isto sim, que não há sentido em acreditar que as fases dissertativa e oral representam algum campo mágico de absoluto isolamento da Administração e impensável aproximação do controle judicial.

Retomando a situação hipotética já antes descrita, questiona-se, por exemplo, se seria sensato outorgar à banca corretora a prerrogativa de rotular como inviável ou inoperante, irremediavelmente, determinada tese formulada pelo candidato para solucionar juridicamente o problema posto, enquanto, pelo contrário, outro profissional, perito na área específica, houver reconhecido sua adequação?

E esse parece ser, igualmente, o posicionamento de Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 179-182):

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

[...]

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

Tome-se o exemplo do estudante universitário que, irredimido com a atribuição de pontuação zero a questão formulada em prova de Direito, sobre assunto doutrinário controvertido, cuja resposta oferecida dissente da opinião pessoal do professor examinador, recorreu ao Poder Judiciário, postulando reexame do ato de correção de sua prova, anexando ao pedido pareceres de especialistas na matéria a sustentar o acerto de sua resposta. Neste caso, comprovando-se a sustentabilidade ou plausibilidade da solução dada ao problema, o examinador não poderá simplesmente desconsiderar por completo a resposta dada, sob pena de cometer grave atropelo à lógica e ao bom senso, malferindo o axioma da *razoabilidade*, além de ser-lhe vedado impor o julgamento mais severo possível, em desfavor do examinado, sob pena de contrariar o princípio da *proporcionalidade*.

A propósito do acerto da decisão tecnicamente sustentável, na Alemanha, a partir do início desta década de 1990, começou a delinear-se nova e avançada orientação jurisprudencial, assegurando-se ao candidato, quando se cuida de provas relativas ao exercício da profissão, o direito a uma proteção jurídica efetiva e a uma “margem de resposta”, de modo que uma resposta sustentável não deve ser avaliada como falsa.

Inaugurou-se essa tendência no Tribunal Constitucional alemão em duas decisões de 17.4.91, quando considerou que o direito de acesso à Justiça não deve ser negado a pretexto de ser a valorização de uma prova (por exemplo, de Medicina ou de Direito) da competência exclusiva da Banca Examinadora. Com fundamento no direito constitucional da liberdade de exercício das profissões, ampliou o espectro de controle jurisdicional do direito dos exames, admitindo que uma resposta sustentável do ponto de vista técnico não pode ser considerada errada pelos examinadores.

[...]

A impugnação judicial da correção dos exames é feita com o propósito imediato de alterar a nota atribuída pela comissão examinadora, e o fim remoto de obter a aprovação necessária em cursos ou em processos seletivos públicos. Pode também produzir o efeito, tratando-se de concursos públicos, de anular alguns quesitos da prova o ainda de contaminar todo o processo seletivo. [destaques nossos]

Como se pode perceber, portanto, não dificuldades em encontrar na própria doutrina a defesa de entendimentos quanto à possibilidade de que o Poder Judiciário intervenha, ainda que se trate de realização de provas e exames públicos, diante de condutas administrativas carentes de proporcionalidade ou razoabilidade, adotadas na execução da lei, porquanto, certamente, desviam de sua finalidade.

CONCLUSÃO

A vigência do Estado Democrático de Direito depende, inegavelmente, do respeito aos direitos fundamentais. E, justamente por isso, não se pode tolerar, na atual ordem constitucional, que conceitos jurídicos ultrapassados ou incertos constituam óbice à tutela adequada dos interesses dos cidadãos.

O dogma da separação de Poderes, nesse sentir, vem sendo revisitado e reinterpretado, na perspectiva do neoconstitucionalismo, a partir do qual não mais se concebe um funcionamento desconexo e abstinentemente dos órgãos estatais, de modo que a fiscalização externa, entre eles, passa a ser abertamente defendida. E, nesse contexto, o Judiciário tem ganhado maior destaque no avanço do controle sobre a atuação dos demais Poderes, em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Como exemplo dessa mudança, a realização de certames e concursos públicos, assim, deixa de ser vista como algo exclusivamente tutelado pela Administração Pública e passa a submeter-se ao amplo controle jurisdicional.

E o que buscamos demonstrar, neste trabalho, esteve voltado para essa nova leitura constitucional, a partir da cláusula do devido processo legal, que garante a todo cidadão o direito de ação e, por conseguinte, gera o dever estatal de prestação adequada da jurisdição na tutela dos direitos fundamentais, no sentido de que, mesmo não cabendo ao Poder Judiciário substituir a Administração Pública na decisão valorativa de quando ou em que ponto proceder à realização de certames e concursos públicos, não se deve obstar a apreciação judicial sobre o tema, de maneira indiscriminada.

Atendo-nos à hipótese de realização do Exame de Ordem, que também se revela como certame público administrativo, defendemos aqui a possibilidade de que o cidadão possa ir a juízo para desfazer eventual reprovação que tenha sofrido, desde que disponha de meios adequados – como um laudo subscrito por perito técnico independente – para convencer o juiz de que sua participação no exame atendera à finalidade constitucional que autoriza à lei condicionar o exercício da profissão advocatícia ao atendimento de qualificações profissionais, e demonstrando que, por outro lado, o comportamento da

Administração Pública, na execução da lei que lhe autoriza realizar o certame, desvia da finalidade almejada na Constituição, que não se presta a barrar, desarrazoadamente, o exercício do direito fundamental à liberdade profissional, mas apenas assegurar que o pretense advogado demonstre o domínio de conhecimentos minimamente suficientes para exercer a profissão.

REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Pulo: Dialética, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação de funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 1, jan/jun, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Controle jurisdicional da discricionariedade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**. n. 17, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **O pré-constitucionalismo na América**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VIANA, Ruth Araújo. O princípio da juridicidade e os princípios constitucionais como instrumentos para o controle eficaz dos atos administrativos discricionários. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira e; ZANOTELLI, Maurício (coord.). **Direito e administração pública**: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011.