

EXAME DE ORDEM E ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO NAS DECISÕES DA JUSTIÇA FEDERAL - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RN.

RAFAEL PÉRICLES FERREIRA ARAÚJO DE MEDEIROS¹

LUCIANO RAMOS²

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a possibilidade de controle judicial sobre o mérito do ato administrativo através das decisões emanadas da Justiça Federal – Seção Judiciária do RN, referente aos processos que têm por objetivo a correção de questões objetivas do exame da ordem unificado, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil. As decisões selecionadas apresentam divergência de posicionamentos bem como fomentam a discussão sobre os limites de atuação do Poder Judiciário.

Palavras Chaves: Exame da Ordem. Ato Administrativo. Controle Judicial. Justiça Federal Seção Judiciária do RN. Discricionariedade. Mérito administrativo.

ORDER EXAMINATION AND ANALYSIS OF THE MERITS OF THE ADMINISTRATIVE ACT OF THE FEDERAL COURT DECISIONS-JUDICIAL SECTION OF RN.

ABSTRACT

This article intends to examine the possibility of judicial control over the merits of Act managerial decisions emanating from the Federal Judicial Justice – Section of RN, referring to processes that aim to fix issues objective examination of the unified agenda, promoted by order of attorneys of Brazil. Selected decisions have diverging positions as well as foster discussion about the limits of operation of the judiciary.

Keywords: Examination of the order. Administrative Act. Judicial Control. Federal Court Judicial Section of RN. Discretion. Administrative

¹ Aluno do 5º ano do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN - FARN / E-mail: rafaelpericles@hotmail.com

² Professor orientador do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN - FARN.

INTRODUÇÃO

O exame da ordem ganha a cada dia maior importância para os acadêmicos de direito seja para os que pretendem ingressar na advocacia privada, seja para os que almejam a advocacia pública através de concurso público. Em todas as situações, a aprovação no exame de ordem torna-se requisito obrigatório para o exercício de suas atividades profissionais.

Para alcançar a aprovação desejada, vários formandos em direito, ou mesmo bacharéis, dedicam horas de estudo ou vultuosas montas em livros, apostilas ou cursos preparatórios para ingresso na Ordem.

Desde o ano de 2006, o exame é realizado de forma unificada em várias seccionais através de seleção pública promovida pelo CESPE - Centro de Seleção e de Promoção de Eventos³, órgão vinculado a Fundação Universidade de Brasília.

Ocorre que, sobretudo na primeira fase do exame muitos examinados se insurgem contra os gabaritos fornecidos pela examinadora ou contra a própria formulação das questões objetivas. Mais das vezes ante o indeferimento dos recursos administrativos interpostos, os examinados recorrem ao Poder Judiciário para ver reparada a suposta arbitrariedade praticada pela administração.

O recurso ao Poder Judiciário para a correção de questões do exame de ordem, suscita diversas questões como: Qual o limite da atuação estatal no controle dos atos administrativos? Admitindo analisar o mérito da correção das questões estaria o juiz atuando como administrador substituindo a banca examinadora? As decisões analisadas estão harmonizadas com o entendimento dos tribunais superiores?

ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Para o pleno desenvolvimento do presente estudo revela-se necessário deixar consignada uma breve análise sobre os elementos integrantes do ato administrativo.

³ A partir do Exame de Ordem 2010.2 a Fundação Getúlio Vargas substituiu o CESPE na organização da seleção em vista de vários questionamentos quanto à elaboração e correção das questões. Um dos pontos mais criticados se refere à utilização por parte do CESPE do termo “aponte a resposta mais correta” em detrimento de outras igualmente corretas.

Sobre os elementos componentes do ato administrativo há grande controvérsia doutrinária, BANDEIRA DE MELO entende que o ato administrativo é composto dos elementos conteúdo e forma e dos pressupostos de existência (objeto e pertinência) e validade(sujeito, motivo, finalidade, causa e formalização)⁴.

Melhor caminho parece seguir CARVALHO FILHO⁵ limitando-se a utilizar a classificação proposta pela Lei 4717/65 (lei de ação popular) dividindo em competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sendo esta a clássica divisão adotada pela doutrina.

Adotando o caminho trilhado por CARVALHO FILHO, passemos a consignar o conceito de cada um destes elementos.

A competência é o espaço definido em lei dentro do qual podem os agentes públicos exercer suas atividades. A definição de competência nasce da necessidade de dividir as inúmeras atividades a serem realizadas pelo Estado.

Por seu turno, a lei da Ação Popular diz que ocorre incompetência quando o ato não se inclui nas atribuições legais do agente que o praticou.

A lei infraconstitucional é a fonte ordinária da competência em que pese a própria Carta Constitucional definir a competência de certos agentes públicos ou instituições.

A competência possui duas grandes características que, inclusive, as diferencia das características normalmente aceitas no campo do direito privado, são elas a inderrogabilidade, que significa que a competência de um órgão não pode ser transferida a outro por acordo entre as partes e, a improrrogabilidade que impede que um órgão incompetente para certa função passe a tê-lo sem que a antiga norma definidora de competência seja alterada.

Ao analisar se o ato possui mácula quanto ao elemento competência deve-se verificar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador, assim como a inexistência de óbices à sua atuação no caso em concreto como suspeição, impedimento, licença, férias.⁶

O objeto é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo pretende alcançar, é aquilo sobre que o ato dispõem. Sem um objeto não pode surgir ato jurídico algum, devendo, ainda ser possível e determinado. Celso Antônio citando Lafayette Pondé apresenta

⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 26.ed. 2009,p.386.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 21. ed. 2009. p.99.

⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 26.ed. 2009,p. 391.

como exemplo de atos inexistentes a citação por edital de alguém já falecido e a concessão de licença a pessoa desconhecida.⁷

Evidentemente o objeto, além de existente, possível e determinado deve, ser lícito, conforme evidencia o art. 2º, “c”, da Lei 4.717/65 : “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

Quanto à forma, a doutrina define como sendo o meio pelo qual o ato se exterioriza. Inexistindo previsão legal, a forma será livre cabendo ao administrador exteriorizar da maneira que melhor atender ao interesse público.

A Lei da Ação Popular afirma que o vício na forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

O elemento motivo consiste no conjunto de fatos que autorizam ou exigem a prática de determinado ato. BANDEIRA DE MELO adverte que o motivo pode ter previsão legal ou não. Existindo previsão, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido exatamente a situação prevista. Inexistindo previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação em vista do qual editará o ato.

Este mesmo doutrinador atenta para a tendência de exigir-se a exposição dos motivos (motivação) inclusive para os atos de motivação dispensável. Por evidente, adotando a motivação como regra seria uma forma de melhorar o controle sobre os atos administrativos.

Para BANDEIRA DE MELO a motivação há de ser anterior ao ato, “já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, “fabricar” razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato.”⁸

Sobre a teoria dos motivos determinantes, o mesmo administrativista aduz que os pressupostos fáticos que determinam a vontade do agente integram a validade do ato. Neste sentido, a indicação de fatos inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificam.

Este parece, realmente, ser o melhor entendimento, haja vista que a Lei da Ação Popular em sua essência diz exatamente a mesma coisa, senão vejamos:

⁷ Idem, p. 390.

⁸ Idem, p. 397.

a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

Sobre o elemento finalidade, este é entendido como o objetivo a ser alcançado através da edição do ato administrativo. Todo ato administrativo deve possuir sempre como finalidade o interesse público.

Por oportuno, interessante perceber que CARVALHO FILHO de maneira muito simples diferencia os elementos finalidade e objeto, sustentando que todo ato administrativo possuirá como fim mediato obrigatoriamente o interesse público que será a finalidade do ato administrativo; como fim imediato, a depender de cada caso, será o seu objeto. O objeto da autorização de construção é permitir que alguém edifique algo, a autorização de estacionamento é permitir que alguém estacione. Em todas estas situações a finalidade será sempre o interesse público.

BANDEIRA DE MELO entende que a finalidade é o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Neste sentido, cada ato tem a finalidade em vista do qual a lei o concebeu. Dessa forma, se a lei define que uma suspensão terá caráter punitivo, não poderá o administrador valer-se de uma remoção para o mesmo propósito. Neste mesmo sentido não pode o gestor público valer-se da desapropriação por necessidade ou utilidade pública com o fito de prejudicar terceiro afastando-se do interesse público.

Parece ser este o entendimento adotado pelo legislador ao conceber a Ação Popular, pois, assim define por ato com vício de finalidade:

O desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

BANDEIRA DE MELO entende que ocorre desvio de poder ou desvio de finalidade quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado, havendo, em consequência um mau uso da competência que lhe foi delegada⁹.

⁹Idem p. 400.

Entende que pode ocorrer em duas situações, ou quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público utilizando dos poderes que tem para afastando-se do interesse público prejudicar alguém, ou, quando busca uma finalidade, ainda que de interesse público, não capaz de ser produzida com aquele ato.

Como exemplo da primeira situação cita a autoridade que remove servidor para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de inimizade.

Na segunda situação de desvio de poder também indicada pelo doutrinador a autoridade que ante um servidor faltoso com seus deveres funcionais ao invés de aplicar-lhe uma sanção disciplinar resolve por removê-lo. Resta evidente que a remoção nesta situação¹⁰ não serve como sanção disciplinar.

DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

Para responder as questões que o presente trabalho se propõe, é necessário analisar os conceitos de discricionariedade e vinculação.

Estaríamos diante de uma atuação vinculada por parte do administrador quando a lei regula certa situação em termos quais que não resta para o administrador qualquer liberdade, posto que a norma prefigura antecipadamente com rigor e objetividade os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter um vez ocorrida a hipótese legalmente prevista.

Por atuação discricionária entende-se quando a lei conferiu ao administrador certa liberdade de atuação mediante a valoração dos critérios de oportunidade e conveniência, ou ainda quando através de seu juízo subjetivo e pessoal deva preencher o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Ocorre que estas definições não oferecem fundamento jurídico suficiente para responder as questões levadas ao Poder Judiciário, notadamente aquelas que serão analisadas no presente trabalho; neste sentido, passemos a melhor analisar estas definições.

De início, é necessário firmar o entendimento de que toda atuação estatal, seja ela vinculada ou discricionária, encontra-se submissa aos parâmetros da legalidade, que se

¹⁰ Registre-se que é possível a aplicação de remoção como sanção disciplinar, desde que, haja previsão legal para isto. Neste sentido, a lei complementar federal 80/94 que disciplina a Organização da Defensoria Pública da União aponta em seu art. 50 §1º, III, a remoção compulsória como sanção disciplinar.

configura em princípio basilar do estado de direito. O Estado deve plena submissão primeiramente aos ditames constitucionais, em segundo momento aos dispositivos legais e, em último caso aos atos normativos inferiores.

Neste sentido, consoante lição do professor BANDEIRA DE MELO, resta evidente que no Estado de Direito e no modelo constitucional brasileiro, todo desempenho administrativo só pode existir como um poder *intra* legal e estritamente dependente da lei.

Ademais disso, o poder discricionário jamais poderá resultar da ausência de lei que não dispôs sobre determinado assunto, vez que o particular não pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, consoante disposição do art. 5º, II da Constituição Federal.

Conclui o ilustre doutrinador dizendo que o comportamento administrativo que atente contra a lei ou que atue motivado pela ausência de regulamentação será pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.¹¹

Juarez Freitas afirma que podem ocorrer duas espécies de vícios na atuação discricionária. Estaremos diante da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) quando o administrador opta por solução sem lastro ou amparo em regra válida ou afastando-se das finalidades legais.

Afirma ainda que ocorrerá discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão) quando o administrador deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, inclusive ao falhar com os deveres de prevenção e de precaução.¹²

Ocorrerá ainda atuação discricionária quando ocorrer impossibilidade material de o legislador prever todas as situações, donde a necessidade de recorrer a fórmulas de regulação mais flexíveis, capazes, bem por isso, de abarcar amplamente os acontecimentos sociais.

Existirá ainda quando houver inviabilidade jurídica¹³ de elaborar leis que suprimam de sobremaneira a discricionariedade a ponto de passarem a regular situações concretas invadindo o campo da individualização, afastando-se da regulação em abstrato, campo próprio de atuação das leis. Se as leis passassem a regulamentar situações concretas,

¹¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros. 2.ed. 1998.p. 13.

¹² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros. 2.ed. 2009.p. 27.

¹³ Conceito fornecido pelo professor Afonso Rodrigues Gueiró, citado por BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 26.ed. 2009. p.956.

estar-se-ia o legislador destituindo-se de sua função própria e invadindo indevidamente o campo de atuação administrativa.

Por fim, haverá igualmente atuação discricionária quando houver impossibilidade lógica de se obstá-la. No exercício de sua função o legislador poderá fazer uso de conceitos precisos, concretos e determináveis no plano das ciências que possuem irremediavelmente um único significado, mas isso nem sempre é possível.

Doutra ponta, o legislador poderá utilizar-se de conceitos imprecisos, vagos e fluidos que podem possuir diversos significados. Como exemplo destes estaria os conceitos de segurança pública, moralidade pública, pobreza, velhice, etc.

Por oportuno, cumpre destacar a lição de BANDEIRA DE MELO ao identificar que o real fundamento da discricionariedade reside, simultaneamente, na vontade do legislador em atribuir ao gestor o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei.

Esta entrega ao administrador só existe pela absoluta impossibilidade de prever todas as situações suscetíveis de ocorrer e todas as soluções perfeitas para elas.

Em síntese, para BANDEIRA DE MELO o conceito de discricionariedade pode ser delineado como:

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹⁴

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A ANÁLISE DOS JULGADOS

Neste ponto do desenvolvimento do presente trabalho torna-se imperioso adentrar, desde já, na análise dos julgados provenientes da Justiça Federal – seção judiciária do RN.

¹⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros. 2.ed. 1998.p. 48.

A seção judiciária do RN possui atualmente 10(dez) varas federais, ocorre que, a 2ª, 3ª, 6ª e 7ª são varas especializadas não havendo julgados com a matéria objeto de análise do presente artigo.

Ocorre ainda que, não foram encontradas decisões sobre a matéria objeto do presente estudo nas 8ª, 9ª e 10ª, provavelmente porque, localizam-se nas cidades de Caicó e Mossoró e, como o foro competente é o domicílio da autoridade coatora, o mandado de segurança deverá inevitavelmente ser aforado em Natal/RN.

Isso posto, foram utilizados para o desenvolvimento deste trabalho sentença e decisões interlocutórias emanadas da 1ª, 4ª e 5ª Vara Federal.

As pesquisas foram realizadas através do site www.jfrn.jus.br, no link banco de sentenças utilizando-se como critério o termo “oab && exame de ordem”, assim como o link pesquisa/processos físicos.

Feitas estas considerações preliminares, iniciemos, desde logo, a análise dos julgados objetos do presente estudo.

As decisões proferidas pelos Juízes Magnus Augusto e Carlos Wagner, respectivamente titular e substituto da 1ª Vara Federal¹⁵, admitem o controle judicial nos exames de ordem aplicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, desde que, presentes as seguintes condições específicas, conforme a seguir delineado:

De fato, o Judiciário não pode fechar os olhos para as **situações facilmente identificáveis de manifesto equívoco da comissão de seleção de concursos**. Mesmo que se trate do mérito administrativo, eventual avaliação do conteúdo das questões **é possível em situações excepcionais**.(grifos acrescidos)(Dr. Magnus)

Para tanto, é facultado, em casos excepcionais adstritas unicamente a avaliações de múltipla escolha (prova objetiva), o exame judicial do teor de questões em concurso público, quando ocorrerem algumas das seguintes situações: **a) a resposta apontada pela Banca Examinadora contrariar disposição expressa em norma legal ou constitucional, a menos que a indagação exija posição doutrinária específica com aquela conflitante; b) a resposta indicada pela Banca Examinadora contrariar entendimento consolidado de súmula ou jurisprudência pacífica dos tribunais, caso a pergunta faça menção a esse posicionamento; ou c) a resposta escolhida pela Banca Examinadora contrariar premissas e regras basilares do Direito sobre o qual se encontra sedimentada em doutrina unânime e indiscutível**. (Grifos no original)(Dr. Carlos Wagner)

¹⁵ Mandado de Segurança 2009.84.00.009250-7. Julgador: Dr. Carlos Wagner Dias Ferreira. Julgamento em : 03-12-2009, publicado no DOE de 04-12-2009. Acessado em 07-11-2010. Disponível em www.jfrn.jus.br e Mandado de Segurança 0001530-34.2010.4.05.8400. Julgador: Dr. Magnus Augusto Costa Delgado. Julgamento em : 26-04-2010, publicado no DOE de 29-04-2010. Acessado em 07-11-2010. Disponível em www.jfrn.jus.br.

É muito interessante a alternativa encontrada pelos Doutos Juízes da 1ª Vara, notadamente do Dr. Carlos Wagner, ao elencar situações concretas onde o Poder Judiciário estará autorizado a proceder a sindicabilidade dos atos praticados pela banca examinadora.

Contudo, para o perfeito entendimento de como estas situações concretas foram construídas é necessário verificar os fundamentos desta conclusão.

Nesse ponto em específico o Dr. Magnus, em que pese, visualizar que a atuação da banca examinadora é atividade típica da administração e, portanto, em regra, não passível de controle judicial, afirma que:

Apesar de constituir atribuição exclusiva da banca examinadora do concurso a confecção e a correção das questões das provas, na medida em que tais matérias inserem-se no tablado do mérito do ato administrativo, **não há que se falar na intocabilidade do mérito administrativo**, em casos como o dos autos, em que está em discussão a **legitimidade de questões de prova objetiva** postas em cheque em face de possível vulneração aos cânones da **legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade**. (grifos acrescidos)

Dr. Carlos Wagner, em igual sentido, assim justifica:

“Em casos similares, este julgador sempre entendeu que a atividade jurisdicional acha-se, no caso do conteúdo dos quesitos das avaliações, em **terreno proibido** e vedado pela intocabilidade do mérito administrativo, **a não ser que tenha havido qualquer eventual vulneração aos cânones da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade**, sob pena de invadir, sem respaldo constitucional e usurpado o princípio da separação das funções estatais, seara própria e peculiar da Administração Pública.”(grifos acrescidos)

Ambos julgadores admitem exercer o controle sobre os atos praticados pela banca examinadora desde que vulnerado os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

De fato, erros evidentes praticados pela banca examinadora maculam por completo o ato praticado, ainda que formalmente perfeito. Esta também é a conclusão de JUAREZ FREITAS¹⁶ ao aduzir que: “O erro manifesto, a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam mortalmente o ato discricionário, ainda que válido *prima facie*”.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros. 2.ed. 2009.p. 35.

Por evidente, a elaboração e correção de questões do exame da ordem é um típico exemplo de atuação discricionária onde a administração mediante juízo de conveniência e oportunidade selecionará aquilo que será exigido do examinando e qual a expectativa de resposta, contudo, sua atuação não pode ir de encontro ao ordenamento jurídico, senão vejamos novamente JUAREZ FREITAS¹⁷

Logo, se é certo que a discricionariedade – entendida como liberdade legítima para emitir juízos de conveniência e de oportunidade – nada tem a ver com a arbitrariedade, a escolha apenas se legitima no quadro das justificativas racionalmente universáveis, segundo a lei e o sistema(...)

Por tudo isso, ao que parece, as situações elencadas pelos juízes, a lembrar, - **a)** a resposta apontada pela Banca Examinadora contrariar disposição expressa em norma legal ou constitucional, a menos que a indagação exija posição doutrinária específica com aquela conflitante; **b)** a resposta indicada pela Banca Examinadora contrariar entendimento consolidado de súmula ou jurisprudência pacífica dos tribunais, caso a pergunta faça menção a esse posicionamento; ou **c)** a resposta escolhida pela Banca Examinadora contrariar premissas e regras basilares do Direito sobre o qual se encontra sedimentada em doutrina unânime e indiscutível – são exemplos de quando a banca examinadora estaria visivelmente espancando o ordenamento jurídico e atuando em absoluta arbitrariedade.

Neste plano, entendo que estas situações seriam apenas exemplificativas de quando a atuação da banca examinadora estaria sendo arbitrária.

Dessa forma, vejo que melhor alternativa seria admitir o controle judicial sempre que os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade forem espancados e não apenas nas situações exemplificativas proposta pelo magistrado, sob pena de, em situações análogas a solução apontada não servir.

Ora, a solução proposta, da maneira em que foi posta apenas serve para os concursos e seleções da área jurídica que, evidentemente não seria a melhor conclusão.

Senão vejamos, adaptando uma das situações propostas pelo magistrado federal teríamos que: “**c)** a resposta escolhida pela Banca Examinadora contrariar premissas e regras basilares **da Medicina** sobre o qual se encontra sedimentada em doutrina unânime e indiscutível”.

¹⁷ Idem, p.39-40.

Feita essa consideração, não estaríamos diante de uma situação exatamente análoga? Por qual motivo plausível a banca examinadora estaria atuando de maneira atentatória à legalidade, razoabilidade e proporcionalidade apenas se contrariasse regras basilares do direito e não da medicina, da contabilidade, da física, da engenharia entre tantas outras áreas do conhecimento utilizadas em seleções para admissão em cargos públicos?

Ademais disso, a própria OAB já sinalizou que nos próximos exames de ordem serão cobradas, além das matérias jurídicas, as disciplinas chamadas propedêuticas (filosofia, sociologia, hermenêutica, etc.). Inadmitir o controle sobre estes atos seria estar diante do absurdo de parte da prova ser sindicável enquanto outra seria insindicável.

Por tudo isso, entendo que o rol elencado de situações praticadas pela banca examinadora, passíveis de controle judicial deve ser visto apenas como exemplos de modo a albergar outras situações igualmente atentatórias à legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Dando seguimento à análise dos julgados cumpre neste momento verificar o entendimento da 4ª Vara Federal que tem os juízes Edilson Pereira Nobre¹⁸ e Gisele Maria respectivamente como titular e substituto.

O juiz titular da referida Vara Federal possui entendimento exatamente oposto ao dos magistrados da 1ª Vara. O Dr. Edilson entende que seria o caso, inclusive, de faltar uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido¹⁹.

Começamos então pela análise da tese sustentada pelo Dr. Edilson Nobre por ser a situação mais extremada de todos os julgados analisados.

De início, merece registro a crítica já abordada pela doutrina sobre a extinção do processo sem resolução do mérito caucionado na possibilidade jurídica do pedido.

Afirma-se atualmente que definir se algo é juridicamente possível ou não é analisar o próprio mérito da demanda, aliás, registre-se, que Enrico Liebman autor da teoria das condições da ação adotada pelo nosso Código de Processo Civil, abandonou a “possibilidade jurídica do pedido” logo na 3ª edição de sua obra Manual de Direito Processual Civil.²⁰

¹⁸ O Dr. Edilson Pereira Nóbrega em outubro de 2010 assumiu a função de desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região passando, o cargo de juiz titular da 4ª Vara Federal, ser ocupado pelo Juiz Dr. Janilson Bezerra de Siqueira.

¹⁹ Sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança 2009.84.00.004999-7. Julgador: Dr. Edilson Pereira Nobre. Julgamento em : 04-06-2009, publicado no DOE de 02-07-2009. Acessado em 07-11-2010. Disponível em www.jfrn.jus.br.

²⁰ Sobre Liebman, informação fornecida por Fredie Didier em DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, ed.9. v.1.2008. p. 175.

Neste sentido, não parece que a extinção sem resolução do mérito seria o melhor caminho, mas, vejamos quais os fundamentos que instruíram esta conclusão.

A pretensão do impetrante era ver anulada uma questão que segundo afirma ia de encontro à jurisprudência sobre certo assunto. Ocorre que, em apenas um parágrafo o Dr. Edilson resolve a demanda afirmando que a resposta apontada como correta: “encontra-se em consonância com texto expresso em lei (art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90), que não foi declarado inconstitucional”²¹.

Ora, se o respeitável juiz entendeu que a resposta apontada pela banca examinadora estava correta por estar em consonância com o dispositivo legal, não estaria ele admitindo o controle judicial sobre os critérios adotados pela banca examinadora? E se a questão estivesse em desacordo com o dispositivo legal, aí sim seria “juridicamente possível” o pedido do autor?

Com a *data máxima vênia*, mas, a sentença ora analisada apresenta evidente contradição, pois, inadmitindo-se o controle judicial, não poderia o magistrado fazer qualquer juízo de valor sobre o ato praticado nem de discordância nem de concordância.

Mas não é só, cumpre verificar qual o motivo, de fato, que levou o malfadado mandado de segurança a sequer ser conhecido por lhe faltar uma das condições da ação.

O Dr. Edilson utilizou como fundamento jurídico a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, segundo firma, consolidou-se no sentido de que é vedado ao Poder Judiciário valorar os critérios usados pela Banca examinadora no conteúdo das opções adotadas pela mesma, cabendo, tão-somente, verificar se o procedimento administrativo correu dentro da legalidade exigida.

Torna-se imperioso analisar o entendimento dos tribunais superiores acerca da matéria ora em comento, tendo em vista que serão citados por outros juízes.

Contudo, para fins de melhor disposição do assunto abordado, o entendimento dos Tribunais Superiores será analisado ao término deste capítulo, isso posto, cumpre de logo antecipar as considerações sobre o posicionamento da Dra. Gisele.

A Dra. Gisele, ao analisar o pedido de liminar no mandado de segurança nº 1399-59.2010.4.05.8400²², indeferiu o pedido, contudo, ao expor seus fundamentos admitiu realizar o controle judicial caso a resposta apontada como correta fosse atentatória a qualquer

²¹ Mandado de Segurança 2009.84.00.004999-7. Julgador: Dr. Edilson Pereira Nobre. Julgamento em : 04-06-2009, publicado no DOE de 02-07-2009. Acessado em 07-11-2010. Disponível em www.jfrn.jus.br.

²² Tendo em vista o indeferimento da medida liminar no mandado de segurança o impetrante foi impedido de realizar a segunda fase do certame, razão, pela qual, o processo acabou extinto pela perca superveniente de seu objeto.

das situações flagrantes já elencadas pelo Dr. Carlos Wagner, substituto da 1ª Vara Federal, devendo sobre esta serem tecidas as mesmas considerações já outrora feitas.

A 5ª Vara Federal possui como juiz titular o Dr. Ivan Lira de Carvalho e, como substituto, o Dr. Vinícius Costa Vidor.

Ambos juízes admitem o controle judicial dos atos praticados pela banca examinadora, notadamente quando atentatórias quanto aos aspectos de legalidade material do ato.

Neste sentido, aduzem os juízes que²³:

O controle judicial do conteúdo material dos atos administrativos é feito não a partir de critérios de conveniência e oportunidade, mas de **legalidade formal e material**. Ao Poder Judiciário, de fato, não compete substituir-se ao administrador e definir o conteúdo final do ato praticado, salvo quando o mesmo é delimitado por lei, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes. Entretanto, a impossibilidade de tal apreciação não limita a atuação jurisdicional a um controle meramente formal de legalidade, uma vez que o controle de validade exercido pelo Poder Judiciário verifica não apenas a correspondência do ato à norma abstrata imediatamente relacionada, mas também a **adequação do mesmo ao ordenamento jurídico subjacente e aos princípios norteadores do Direito**.(grifos acrescidos)

Acertadamente o que admitem os juízes não é apenas verificar se o ato foi formalmente válido, ou seja, que foi oferecida a possibilidade de recurso administrativo, que foi praticada por autoridade competente ou que a banca seguiu os ditames do edital. Em verdade, atestar a legalidade material do ato significa no caso em análise verificar se a resposta fornecida pela banca possui concordância como o ordenamento jurídico e como os princípios do Direito.

Nesse prisma, a questão impugnada pelo impetrante, segundo aduzem os juízes, sofreu de séria incongruência material, pois, utilizou termo inexistente na doutrina trabalhista, a saber, “acordo intrajornada”.

Para os referidos magistrados “O flagrante equívoco na redação do enunciado produziu, portanto, uma perplexidade interpretativa para o candidato que prestava a prova, na medida em que apontou para uma relação de consequência inexistente na seara jurídica (...)”.

²³ Extraído de sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança 0001178-76.2010.4.05.8400. Julgador: Dr. Ivan Lira de Carvalho. Julgamento em : 24-05-2010, publicado no DOE de 10-06-2010. Acessado em : 07-11-2010. Disponível em www.jfn.jus.br e igualmente repetido no Mandado de Segurança 0002594-79.2010.4.05.8400 Julgador: Dr. Vinícius Costa Vidor. Julgamento em : 15-06-2010, publicado no DOE de 24-06-2010. Acessado em : 07-11-2010. Disponível em www.jfn.jus.br.

Logo, caso a alternativa apontada como correta pela banca examinadora não seja albergada pelo ordenamento jurídico será possível o controle judicial.

Por tudo isso se percebe que o entendimento dos magistrados da 5ª Vara Federal se aproxima do de seus pares da 1ª Vara Federal.

Doutra ponta, o Dr. Edilson não está sozinho em inadmitir o controle judicial sobre os atos praticados pela banca examinadora, o Doutor Eduardo José da Fonseca e a Dra. Janine que atuaram em determinados momentos perante a 5ª e 4ª Varas Federais, respectivamente, compartilham do mesmo entendimento, senão vejamos o que dizem os magistrados²⁴:

Em que pese aos argumentos utilizados para embasar o pleito autoral, entendo que **tal pretensão é manifestamente improcedente**, haja vista que **ao Judiciário é vedada a análise dos critérios utilizados na correção de provas de concursos públicos**, a forma como apreciados os acertos e desacertos e a atribuição das notas respectivas, devendo o seu controle **limitar-se ao exame da legalidade das normas instituídas no edital** e dos atos praticados na realização do certame. (grifos acrescidos) (Dr. Eduardo)

Pelas razões ora expostas, verifica-se que o pleito da impetrante **consubstancia-se na análise do próprio mérito das questões** da prova do Exame de Ordem 2009.2, responsabilidade que compete, precipuamente, à banca examinadora do concurso. Cabe ao Poder Judiciário tal exame somente em casos de flagrante ilegalidade ou quando haja dissociação das regras do edital.(grifos acrescidos) (Dra. Janine)

Ambos juízes de modo a fundamentar a sua decisão utilizam a jurisprudência dos Tribunais Superiores como argumento de autoridade de suas decisões. Feitas estas considerações cumpre por fim verificar o entendimento dos tribunais, sobre o assunto.

Utilizando como ferramenta de pesquisa o site www.jf.jus.br e selecionando como critério de busca “exame ordem banca examinadora” obtivemos acesso aos seguintes julgados de lavra do STF, STJ e TRF-5:

Da Suprema Corte, através do julgado RE 140242, de relatoria do Ministro Marco Aurélio se pode perceber a atitude conservadora por parte daquele Tribunal por entender ser área proibida a atuação do Poder Judiciário devendo este limitar-se ao controle sobre o processo administrativo, qual seja, a legalidade formal.

²⁴ Decisões proferidas no Mandado de Segurança 2009.84.00.001678-5 Julgador: Dr Eduardo José da Fonseca Costa. Julgamento em : 26-02-2009, publicado no DOE de 03-03-2009. Acessado em : 07-11-2010. Disponível em www.jfn.jus.br e Mandado de Segurança 0009444-86.2009.4.05.8400 Julgador: Dra. Janine de Medeiros Souza Bezerra. Julgamento em : 21-10-2009, publicado no DOE de 23-02-2010. Acessado em : 07-11-2010. Disponível em www.jfn.jus.br.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO: PROVAS: REVISÃO.

I. - Não cabe ao Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, valorizar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, substituindo-se a esta, mas verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, apenas, dado que, se as opções adotadas pela banca foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente.

II. - R.E. não conhecido.

(STF Processo RE 140242 RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 14-04-1997. Publicação DJ 21-11-1997. Acessado em 08-11-2010. Disponível em : www.stf.jus.br.)

O STJ, por seu turno, mantém até o momento o mesmo entendimento do STF, contudo, admite que seja procedido o controle judicial nos casos em que o conteúdo cobrado na questão esteja em desconformidade com que foi indicado no edital do certame. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. OAB. EXAME DE ORDEM. CONTROLE JURISDICIONAL. CORREÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, tampouco se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, visto que sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público, aí incluído o exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência desta Corte, razão pela qual não merece reforma.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ AGRESP 200900643978 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1133058 Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES Julgamento: 04-05-2010. Publicação DJe 21-05-2010. Acessado em 08-11-2010. Disponível em : www.stj.jus.br.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO PARA OS SERVIÇOS NOTARIAL E DE REGISTRO. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conquanto a Administração tenha certa discricionariedade na elaboração de normas destinadas à realização de concursos públicos, devem elas, como qualquer outro ato administrativo, estar de acordo com a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional que rege a atividade pública. Daí é que se torna possível a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito aos concursos públicos todas as vezes em que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital.

2. Se o edital exige conhecimentos acerca dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, é, no mínimo, exigível que o candidato conheça a jurisprudência da Corte Suprema — a quem incumbe, em última instância, a exata interpretação das normas constitucionais — a respeito desse tema, bem como de todos aqueles inseridos no conteúdo de Direito Constitucional. Dentre as diversas fontes do Direito estão a lei, a doutrina e a jurisprudência, não se

podendo pretender que o examinador tenha a sua área de atuação restrita à letra fria da lei.

3. **Hipótese em que o conhecimento exigido pelo examinador estava devidamente previsto no conteúdo programático do certame.**

4. **"Não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração, na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, quando fixados de forma objetiva e imparcial"** (RMS 18.877/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 23.10.2006).

5. Recurso em mandado de segurança desprovido.

(RMS 19353/RS Relator(a) DENISE ARRUDA Julgamento: 27-02-2007. Publicação DJ 14-06-2007. Acessado em 08-11-2010. Disponível em : www.stj.jus.br)(grifos acrescentados)

Em que pese este entendimento do STJ em se tratando de flagrante equívoco por parte da banca examinadora não há como não concluir pela vulneração da razoabilidade e da própria moralidade administrativa. Sendo assim, é oportuno destacar o Recurso Especial 429.570-GO de relatoria da Ministra Eliana Calmon que assim aduz:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido.

(RESP 429.570-GO Relator(a) ELIANA CALMOM Julgamento: 11-11-2003. Publicação DJ 22-03-2004. Acessado em 08-11-2010. Disponível em : www.stj.jus.br.

Já o Tribunal Regional Federal da 5ª Região apresenta divergências de posicionamento. Destacamos o julgado de relatoria da Dra. Margarida Cantarelli e outro do Dr. Paulo Gadelha inadmitindo o controle judicial dos atos próprios praticados pela banca examinadora.

ADMINISTRATIVO. EXAME DA OAB. PROVA OBJETIVA. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES. MÉRITO ADMINISTRATIVO.

I. Ao Poder Judiciário cabe averiguar, quando provocado, acerca da ocorrência de eventuais ilegalidades na realização de concursos públicos realizados.

II. Não merece prosperar, no caso, o pedido de anulação de questões da prova do Exame de Ordem, realizado pela OAB/PE, **porque, em princípio, não deve o**

Judiciário entrar na análise do conteúdo das questões, substituindo a Banca Examinadora.

III. A OAB é uma instituição que tem credibilidade e composta por membros capazes de aferir a correção ou não das questões apontadas como incorretas pelo apelante.

IV. Apelação e remessa oficial providas.

(Processo APELREEX 200985000059270. Relator(a) Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Julgamento: 06-04-200, Publicado no DJ 15-04-2010. Acessado em 10-11-2010. Disponível em www.trf5.jus.br)(grifos acrescidos).

ADMINISTRATIVO. EXAME DA OAB. PROVA SUBJETIVA. CORREÇÃO E AVALIAÇÃO DO CORPO EXAMINADOR. REEXAME PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Cuida a hipótese de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela, formulado pelos ora agravantes, objetivando que fossem atribuídos os pontos referentes à peça jurídica da prova prático-profissional do Exame da Ordem (OAB-PB "2009.2"), com a subsequente expedição, no prazo de trinta dias, das carteiras profissionais de advogado.

2 - Não cabe ao Judiciário substituir as respectivas comissões organizadoras de concursos públicos, salvo flagrante ilegalidade cometida no seu processamento, o que não diz respeito ao mérito das questões integrantes do certame.

3- É indevida qualquer análise do Judiciário sobre a resposta tida como certa pela Banca Examinadora do concurso levado a efeito.

4 - Precedentes desta Corte.

5 - Agravo de instrumento improvido.

(Processo AG 00003947920104050000 Relator(a) Desembargador Federal Paulo Gadelha. Julgamento: 23-03-2010, Publicado no DJE de 22-04-2010. Acessado em 10-11-2010. Disponível em www.trf5.jus.br)(grifos acrescidos)

Destaco, no julgado de relatoria da Dra. Margarida, que é citado que a OAB possui credibilidade e composta por membros capazes de aferir a correção ou não das questões. É indiscutível a credibilidade da instituição e a capacidade de seus membros, ocorre que, isto não é um argumento jurídico, mas, sim, um argumento pautado na força de opinião. Neste sentido, importa mais quem está dizendo algo e menos o conteúdo que está sendo dito. Ademais disso, em verdade não é a OAB que procede a correção das questões e menos ainda a sua formulação, pois, esta atribuição foi delegada às empresas organizadoras não podendo a credibilidade que goza a OAB ser transferida às mesmas.

O ilustre Desembargador Potiguar Dr. Francisco Barros em julgado que merecer ser escrutinado em seu inteiro expõe a sua tese admitindo proceder o controle sob os atos praticados pela banca examinadora em situações a seguir delineadas.

Trata-se de apelação em mandado de segurança nº 100470/AL²⁵, no qual, os apelantes, outrora impetrantes da ação mandamental, pretendiam a anulação de 15(quinze) questões do exame de ordem supostamente eivadas de ilegalidade.

²⁵ AMS100470-AL Relator(a) Desembargador Francisco Dias Barros. Julgamento: --/12/2009, Publicado no DJE de 05-02-2010. Acessado em 10-11-2010. Disponível em www.trf5.jus.br.

O juízo de origem denegou a segurança pretendida, sustentando a sua legalidade, notadamente porque foi oferecida a possibilidade de recurso administrativo para os examinandos insatisfeitos com o resultado divulgado.

O relator do referido julgado foi mais além que o juiz *a quo*, pois, não se limitou a verificar a legalidade formal pautado na possibilidade de recurso administrativo, tratou o eminente desembargador de atestar a legalidade material dos atos praticados pela banca, verificando a conformidade das assertivas como o ordenamento jurídico pátrio. Por sorte que todas as questões não mereciam ser anuladas, mas, caso estivesse em desconformidade, leva a crer que mereceriam a reprimenda judicial, não sendo o caso de substituição da banca examinadora. Senão vejamos o julgado.

O Dr. Francisco Barros inicia o seu voto, antes de enfrentar o cerne da demanda, atentando para questão já referenciada no presente trabalho, a saber: admitindo verificar a conformidade das assertivas apontadas como corretas dos concursos da área jurídica e, considerando isto ser possível porque o juiz tem conhecimento técnico aprofundado do Direito, logo, em sentido contrário, não tendo conhecimento aprofundado em outras áreas do conhecimento, não seria possível o controle sobre os concursos de outras áreas. Neste sentido, não restaria vulnerado o princípio da isonomia?

No presente trabalho foi defendido que deveria o juiz, frente a flagrante afronta aos princípios da legalidade, razoabilidade ou proporcionalidade, proceder ao devido controle judicial independente de ser o concurso da área jurídica ou não, tendo ou não o juiz conhecimento da área impugnada, afinal, para que servem os peritos e auxiliares do juízo? Contudo, o Dr. Francisco Barros chega à conclusão diferente, senão vejamos:

Vale ressaltar, ainda, ser bastante temerária a atitude do Judiciário em aferir o mérito de questões de concurso público, bem como a existência de objetividade ou não das assertivas formuladas pela banca examinadora, tendo em vista serem muitas as provas de caráter eliminatório e classificatório para o ingresso em cargo público que exige conhecimento técnico em disciplinas sobre as quais os magistrados não têm domínio. **Como seria possível ao juiz aferir a objetividade de questões técnicas relativas a disciplinas outras que não a Ciência Jurídica?**

Isso porque o julgador tem conhecimento técnico da ciência do Direito e tem condições de analisar se a questão presente em concurso público para ingresso na carreira jurídica está bem formulada e se está correta. Mas **nos diversos outros concursos que exigem o conhecimento de disciplinas outras, o julgador simplesmente não teria condições de analisar o mérito das questões.**

Com isso, haveria **real afronta ao Princípio da Igualdade** dentre os jurisdicionados de nossa sociedade, pois os candidatos que se submetessem a concurso público para o ingresso em cargos técnicos da área de Direito teriam um acesso maior ao Judiciário para impugnar as questões constantes da prova de

avaliação de conhecimentos do que os candidatos que se submetessem a concursos públicos destinados a atuar em outras áreas científicas.

Assim, os inscritos em certames em que fossem cobrados conhecimentos jurídicos teriam o privilégio de impugnar tais concursos no Poder Judiciário e ter as questões da prova reanalisadas e recorrigidas, tendo em vista o julgador conhecer a matéria cobrada, podendo, assim, aferir o aspecto da objetividade, subjetividade, acerto ou desacerto das questões e avaliar se as mesmas merecem ser anuladas. Enquanto isso, todo o restante da sociedade formado por pessoas de outras áreas científicas sobre as quais não tem o julgador conhecimento técnico aprofundado teria seu direito limitado, pois ficaria sem esse reexame e essa resposta do Judiciário.

Isso, portanto, não é razoável, nem justo, nem isonômico.

No entanto, em que pese a existência de motivos para o **indeferimento do presente mandamus somente por essas circunstâncias**, mesmo assim passarei à análise do cerne da questão, a saber, da plausibilidade do direito à anulação das questões ora impugnadas. Isso para evitar que se afirme ter sido o Judiciário indiferente diante da possível existência de vícios que maculem questões objetivas de concurso público de forma absurda, evidente e insofismável, quando se apresente *primo ictu oculi*. (grifos acrescidos).

Entendo que as premissas utilizadas pelo Dr. Francisco Barros são absolutamente verdadeiras, contudo, chegou a uma conclusão equivocada por entendermos que a reprimenda judicial frente a arbitrariedades por parte da banca examinadora deve ser estendida a todas as áreas do conhecimento devendo o juiz valer-se de auxiliares nas questões que não são naturalmente de seu domínio.

Superado este ponto em específico, cumpre verificar que o juiz admitiu analisar a plausibilidade das questões impugnadas e o fez tomando por base situações excepcionais quando: “havendo **duplicidade de respostas**, bem como questões formuladas que contenham **matéria controvertida**, que, em razão do caráter objetivo, **não possibilita qualquer argumentação** para justificar a questão escolhida”.

Neste sentido, o relator segue analisando cada uma das questões impugnadas que, por sorte, não mereceram qualquer reprimenda, mas, que, levam a concluir que diante que qualquer das situações excepcionadas mereceria a reprimenda judicial.

Por todo o exposto, percebe-se que a jurisprudência dos tribunais superiores caminha no sentido de inadmitir, como regra, o controle judicial dos atos praticados pela banca examinadora, notadamente quanto à aferição de critérios de correção de questões, contudo, ante aos flagrantes equívocos praticados pela banca exceções são admitidas conforme palavras do Dr. Francisco Barros:

Isso para evitar que se afirme **ter sido o Judiciário indiferente diante da possível existência de vícios que maculem questões** objetivas de concurso público **de forma absurda, evidente e insofismável**. (grifos acrescidos)

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente artigo, vemos que a jurisprudência emanada da Justiça Federal – Seção Judiciária do RN é bastante divergente indo da extinção do feito sem resolução de mérito por impossibilidade jurídica do pedido até a análise de legalidade material dos atos praticados pela banca examinadora na formulação e correção de questões.

A divergência de entendimentos persiste perante os tribunais superiores prevalecendo, por enquanto, a tese da insindicabilidade dos atos próprios praticados pela banca examinadora, mas, registramos as preciosas divergências que, pouco a pouco, estão reconsiderando o assunto não deixando o administrador imune ao controle judicial simplesmente por se tratar de mérito do ato administrativo que, em regra, é local de atuação proibida ao judiciário.

Por fim, concluo que é juridicamente possível o controle sobre os atos praticados pela banca examinadora sempre que ela atuar de forma arbitrária e indevida vulnerando os princípios da legalidade, razoabilidade ou proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 26.ed. 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros. 2.ed. 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 21. ed. 2009.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros. 2.ed. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, ed.9. v.1.2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, ed. 8. 2010.