

# CONCURSO PÚBLICO

## PRINCÍPIO DA ISONOMIA VS PRINCÍPIO DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA. A PONDERAÇÃO NECESSÁRIA.

ALESSANDRO DANTAS<sup>1</sup>

### 1- A INDAGAÇÃO.

É muito comum nos processos judiciais o seguinte questionamento: o acolhimento de uma ação anulando uma questão de concurso ou uma prova não apenas para um candidato não iria ferir o princípio da isonomia, pois, a final de contas, a questão e o exame são os mesmos para todos?

### PORQUE NÃO HÁ VIOLAÇÃO À ISONOMIA?

Em verdade, se é que existe uma violação ao princípio da isonomia, o não amparo jurisdicional sob este fundamento também viola o princípio do amplo acesso à justiça, positivado no artigo 5º, inciso XXXV da CF, segundo o qual ***“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer***

1 Mestre e Especialista na área de Direito Público, professor de Direito Administrativo em graduação e pós-graduação, professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo e da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Instrutor de Licitações e Contratos Administrativos do Grupo Negócios Públicos. Coordenador Técnico do Encontro Nacional sobre Responsabilidade dos Agentes Públicos da ERX do Brasil. Coordenador Técnico do Seminário Avançado de Processo Administrativo Disciplinar da ERX do Brasil. Autor dos livros “Licitações e Contratos Administrativos em Esquemas” (2012, Editora Impetus), “Os principais julgamentos do STJ e STF” (2007, Editora Impetus), “O Direito Administrativo no STJ no século XXI” (2010, Editora Impetus), “Vade Macum de Direito Administrativo” (2010, Editora Impetus), “Legislação de Direito Administrativo” (2012, Editora Lei Nova). Coautor dos livros “Comentários ao Decreto Federal n.º 6.944/2009” (2013, Editora Impetus) e “As principais ilegalidades no concurso público e seu controle jurisdicional”, “Manual de Direito Administrativo – Volume único, Ed. Método, 2015). Consultor jurídico da ANDACON - Associação Nacional de Defesa e Apoio ao Concurseiro e colaborador permanente da revista LICICON, O PREGOEIRO e NEGÓCIOS PÚBLICOS.

***lesão ou ameaça a direito”.***

Há no caso uma colisão de princípios. Nesse contexto, existindo essa colisão, a solução do embate exige que se faça uma ponderação entre eles, conforme a dimensão do peso ou da precedência. Para se entender e justificar as dimensões do peso ou da precedência torna-se cogente ingressarmos na teoria criada por Alexy, nominada de “lei da colisão”.

Segundo ALEXY<sup>2</sup>:

“La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro”

No direito pátrio, dentre os doutrinadores que mais se aprofundaram nos estudos sobre a ponderação, destacam-se **LUIS ROBERTO BARROSO** e **ANA PAULA BARCELLOS**.<sup>3</sup> No entendimento destes o processo de ponderação envolve três etapas.

Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.

Na segunda, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Assim, expões os autores, o exame dos fatos e os reflexos sobre as normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Por fim, é na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.

Nesse sentido é que **JOSÉ CARLOS VIERA DE ANDRADE**<sup>4</sup> registra que o

2 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 92.

3 BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas / Luis Roberto Barroso (organizador), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 335.

4 ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed.- Coimbra: Almedina, 2001, p. 222-223.

grau de compressão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto. A solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os interesses em disputa e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema.

Frente a inúmeros argumentos prevalece, no caso em tela, o princípio do amplo acesso à justiça a afastar a aplicação do princípio da isonomia.

Enumeremos tais argumentos:

1. Os atos administrativos têm presunção de legitimidade, devendo o administrado ingressar com recurso ou ação pleiteando sua nulidade. Até que se prove em contrário, o ato é válido. No caso, a eliminação de inúmeros candidatos possui essa presunção, e norma que venha reconhecer *in concreto* a nulidade do ato apenas alcança o ato embatido, permanecendo válidos os demais atos;
2. Nosso sistema de controle difuso de constitucionalidade (legalidade) não permite a extensão dos efeitos de uma decisão de um caso singular para o geral, razão pela qual uma “suposta” violação ao princípio da isonomia é decorrente do próprio sistema processual;
3. Negar tutela jurisdicional ao candidato sob o argumento de que haveria violação à isonomia, sobre não resolver o problema da injustiça do certame para todos, também cercearia o direito do jurisdicionado pleitear tutela corretiva, ferindo o princípio do amplo acesso à justiça;
4. É sabido que a decisão em tela fará uma “micro justiça” (justiça no caso concreto), porém não cabe ao candidato - que sequer possui legitimidade - manejar instrumentos que venham ensejar uma “macro justiça” (que seria o caso de uma associação o Ministério Público ingressar com uma ação na defesa de interesses coletivos). O fato é que, seja micro ou macro, é dever do Judiciário prover - no sentido técnico - a justiça e prestar a tutela jurisdicional;
5. O “não acesso” à justiça criaria nos concursos públicos uma **zona de total imunidade jurisdicional**, pois toda ação isolada, em tese, pode ser manejada por outro candidato e Judiciário estaria de mãos atadas para fazer qualquer controle da Administração em razão do impedimento da isonomia. Seria cancelar a barbárie jurídica e aniquilar, de uma vez por todas, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não há dúvidas que *in casu* deve-se afastar o equivocado argumento da agressão à isonomia e prestar-se a tutela jurisdicional corretiva em caso de ilegalidade.

Nesse sentido, veja o que decidiu o **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** sobre

o tema. Vejamos em particular os votos dos Min. **MARCO AURÉLIO** e **SEPÚLVEDA PERTENCE** no RE 434708 / RS, de 21/06/2005:

Min. Marco Aurélio:

Há o problema da isonomia que é resolvido pelo fato, e diante do fato, de ninguém estar obrigado a recorrer ao Judiciário, a ingressar em juízo para questionar este ou aquele ato. Assegura-se tal ingresso e, uma vez o titular do direito substancial assim procedendo, dá-se a solução do conflito de interesses mediante a entrega da prestação jurisdicional.

Min. Sepúlveda Pertence

Antecipando-me a eventual embargos de declaração, digo que V.Exa. rejeitou bem a alegação, de todo improcedente, de violação ao princípio da isonomia, na medida em que se beneficiou a candidata que impetrou a segurança e não quem deixou de impugnar o ato em juízo: a pretensa discriminação é corolário absoluto da disponibilidade do direito de ação.

Veja-se que se o argumento da isonomia prosperar haverá grave lesão ao princípio do amplo acesso à justiça e sua efetividade, vez que jamais poderá ser dada e sentença de procedência da ação em razão de suposta violação à isonomia.

***O direito não socorre aos que dormem.*** Assim, as pessoas que se sentirem lesadas deverão procurar o Poder Judiciário da mesma forma que fez o que buscou auxílio junto ao Poder Judiciário!

## DICA LICICON

A exigência de visita técnica somente será lícita se imprescindível à execução do contrato e, porquanto, se existirem justificativas técnicas à amparar-lhe a pretensão. Caso contrário revelar-se-á indevida (posto quem em descompasso com os ditames legais) e por isso ensejará, sobretudo, a anulação de todo o procedimento licitatório, eis que se trata de vício oriundo da fase interna.