

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.060662-7, de Rio do Sul
Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. PEDIDO DE REVISÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA. DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. "Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser demonstrado de plano. A necessidade de dilação ou valoração probatória para confirmar o direito deduzido na petição inicial impõe a extinção do processo sem julgamento de mérito" (TJSC, ACMS n. 2010.066684-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11.1.11).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "existindo controvérsia a respeito da nulidade da questão formulada no concurso, compete à banca examinadora dirimir tal questionamento", não sendo possível ao "Poder Judiciário imiscuir-se na seara restrita dos julgadores do certame quando existir dúvida do erro na elaboração da questão, ou seja, não se tratar de erro evidente" (RMS n. 33725/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 12.4.11).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.060662-7, da comarca de Rio do Sul (3ª Vara Cível), em que é apelante Felipe Dall Ago Lima, e apelados Prefeito Municipal de Rio do Sul e outro:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, reconhecendo-se, de ofício, a ilegitimidade do Presidente da empresa Intellectus. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 23 de julho de 2013, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 24 de julho de 2013.

Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

Felipe Dall Ago Lima impetrou Mandado de Segurança contra ato praticado por Danilo Moritz, presidente da empresa Intellectus, e por Milton Hobus, prefeito do Município de Rio do Sul, alegando: *a)* que concorre ao cargo de advogado do Município de Rio do Sul, tendo prestado prova para o Concurso Público 02/2011, sendo que, ao confrontar as alternativas assinaladas com as apontadas no gabarito oficial, constatou claros equívocos nos critérios de correção da prova objetiva por parte da banca examinadora; *b)* que a referida banca examinadora utilizou de critérios de correção que não estavam previstos no edital e no enunciado da questão, pois adotou o entendimento de apenas um autor doutrinário (Alexandre Morais), em uma questão que admitia diferentes correntes doutrinárias (Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino, Pedro Lenza, Paulo Bonavides, entre outros); *c)* que a banca sustenta que a alternativa correta da questão n. 21 é a B, enquanto o impetrante alega ser a alternativa A, já que é pacífico que a Constituição Federal de 1988 é escrita, promulgada, dogmática, rígida, formal, analítica, dirigente e certamente não é histórica; *d)* que o ponto controvertido na presente ação restringe-se à classificação ontológica da CF/88, se nominativa, como afirma a banca examinadora, ou normativa, como entende o impetrante; *e)* que houve confusão por parte da banca, ao utilizar o termo nominativa como sinônimo de nominalista, utilizada por Alexandre Morais; *f)* que se considerar como correta a classificação da CF/88 apenas como normativa, a única assertiva correta seria a II, a tornar correta a alternativa A, mas se aceitar o termo nominativa como sinônimo de nominalista, as assertivas I, II e III estariam corretas, sendo a alternativa D a correta; *g)* que o julgamento da questão deveria adotar critérios objetivos e claros, o que não ocorreu.

Ao final, requereu a concessão da liminar, *in alidita altera pars*, com o fim de assegurar o direito líquido e certo do impetrante, para suspender o certame em relação ao cargo de advogado, para que não haja risco de homologação final e posterior convocação dos candidatos; a concessão da segurança, alterando o gabarito da questão 21 para alternativa A; sucessivamente, seja reconhecido a existência da classificação doutrinária da CF88 como normativa, modificando o gabarito para alternativa D; por fim postulou a anulação da questão em virtude da confusão de conceitos (fls. 2/43).

Ao receber a inicial, entendendo o magistrado inexistir direito líquido e certo, "condição específica da ação de mandado de segurança sem a qual a carência de ação deve ser reconhecida", julgou com fundamento no art.10 da Lei n. 12.016/09, extinto o presente mandado de segurança (fls. 45/50).

Inconformado, o autor interpôs apelação, ocasião em que reiterou os argumentos expostos na inicial (fls. 54/67).

Devidamente intimado, o Município não apresentou as contrarrazões (fl. 70).

O representante do Ministério Público consignou que sua manifestação será apresentada, se necessária, pelo Órgão de Segunda Instância (fl. 72).

Recebido o recurso no duplo efeito (fl. 69), ascenderam os autos a este Colegiado (fl. 74), tendo sido a mim redistribuídos (fl. 75).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Procurador de Justiça Guido Feuser, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso interposto (fls. 77/82).

VOTO

O recurso, antecipe-se, deve ser desprovido.

1. Inicialmente, impende registrar a impossibilidade de o Presidente da Empresa Intellectus - Instituto de Desenvolvimento Ltda., Danilo Moritz, figurar como autoridade coatora, pois o ato praticado por ele não configura ato de autoridade.

Sobre o tema lecionam Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

"Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquele detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é m agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança.

[...] Não se consideram, tampouco, atos de autoridade passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares cuja atividade seja autorizada pelo Poder Público, como são as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, salvo quando desempenham atividade delegada (STF, Súmula n. 510)" (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 33 ed, São Paulo, 2010, p. 33-34).

Outrossim, é pacífica é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*Em mandado de segurança, a legitimidade passiva da autoridade coatora é aferida de acordo com a possibilidade que detém de rever o ato acoimado de ilegal, omissso ou praticado com abuso de poder*" (MS n. 9244/DF, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. 22.9.04).

Assim, não possuindo o Presidente da Empresa Intellectus - Instituto de Desenvolvimento Ltda., Danilo Moritz, competência para rever o ato supostamente ilegal, deve ser extinto o processo, sem julgamento do mérito, em relação a ele, permanecendo, no entanto, o Prefeito do Município de Rio do Sul, Milto Hobus, que

Gabinete Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

assinou o edital contra quem o presente mandamus também foi impetrado.

2. No mais, a sentença deve ser mantida.
Estabelece o artigo 1º da Lei n. 12.016/2009:

"Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

A propósito, "*Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser demonstrado de plano. A necessidade de dilação ou valoração probatória para confirmar o direito deduzido na petição inicial impõe a extinção do processo sem julgamento de mérito*" (TJSC, ACMS n. 2010.066684-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11.1.11).

Portanto, não há dúvida que, para a concessão da segurança, necessária a comprovação da existência de direito líquido e certo a ser protegido.

Na hipótese em análise, alega o impetrante que foi atribuída alternativa incorreta à questão n. 21 da prova objetiva, relativa ao cargo de advogado do concurso público correspondente ao edital n. 02/2011, pois a banca examinadora se utilizou de critério de correção não previsto no edital ou enunciado na questão.

"21 - Com base no Direito Constitucional, assinale a alternativa correta:

I. A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como: escrita, promulgada, dogmática, formal, analítica, dirigente e nominativa.

II. A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como: escrita, promulgada, dogmática, rígida, formal, analítica e normativa.

III. A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como: escrita, promulgada, dogmática, rígida, formal, analítica e nominativa.

IV. A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como: escrita, promulgada, histórica, rígida, formal, analítica e normativa.

- A) Nenhuma das alternativas está correta;
- B) Apenas as alternativas I e III estão corretas;
- C) Apenas as alternativas II e IV estão corretas;
- D) Apenas as alternativas I, II e III estão corretas;

A alternativa "B" foi considerada correta pela banca examinadora, indo de encontro com a opinião do impetrante, o qual entende que deveria ter sido considerada ou a alternativa "A" ou "D" ou então, ainda, pela anulação da questão.

Argumentou que, conquanto a matéria seja controvertida, a Comissão do Concurso adotou o entendimento de apenas um autor doutrinário, a respeito de a Constituição ser nominativa (segundo a comissão) ou normativa (segundo o autor).

Conforme destacado pelo próprio sentenciante há divergência acerca do tema:

"Ora, como o próprio impetrante demonstra ao citar Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a questão é, evidentemente e visivelmente, polêmica, pois estes eméritos professores entendem que a Constituição Federal de 1988 é **NORMATIVA**, isso porque *"são as que efetivamente conseguem, por estarem em plena consonância com a realidade social, regular a vida política do Estado."* (fls. 03/04).

E já Alexandre de Moraes, outro doutrinador muito renomado, assevera que a CF/88 é **NOMINALISTA** ou **NOMINAL**, pois o *"texto constitucional possui verdadeiros direcionamentos para os problemas concretos, a serem resolvidos medi ante aplicação pura e simples das normas constitucionais."* (fl. 05).

A questão justamente é controversa porque as Constituições **NORMATIVAS** são Constituições onde há uma adequação entre o texto e a realidade social vivenciada, já para as **NOMINAIS** ou **NOMINATIVAS** não há adequação entre o texto e a realidade social, tem mais caráter educacional.

Mas para complicar ainda mais, o também renomado autor Pedro Lenza, argumenta que a CF/88, na verdade, *"pretende ser normativa"*, pois não é mais meramente nominalista, mas também ainda não conquistou o status de constituição normativa (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14ª Ed., 2010, Editora Saraiva/SP).

Como se percebe, tal classificação refere-se na verdade a um simples critério ontológico (essência), que busca identificar a correspondência entre a realidade política do Estado e o texto constitucional.

É uma questão, perceptivelmente, muito pessoal, vez que, como se percebe pelas decisões do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 vem sim *"ganhando normatividade"* ao longo dos anos, principalmente com o fortalecimento dos remédios constitucionais nela existentes, de modo que a questão ora impugnada efetivamente então não apresenta erro evidente e inquestionável que pudesse autorizar a intervenção do Poder Judiciário".

Portanto, não se verifica erro no edital, uma vez que a matéria foi nele devidamente prevista (fl. 18).

E mais, igualmente não se vislumbra qualquer erro crasso a justificar a intervenção do judiciário nos critérios de avaliação das provas e das questões formuladas pela Comissão de Concurso, tão somente em razão da adoção de um dos posicionamentos da doutrina acerca do tema.

Aliás, é o entedimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *"existindo controvérsia a respeito da nulidade da questão formulada no concurso, compete à banca examinadora dirimir tal questionamento"*, não sendo possível ao *"Poder Judiciário imiscuir-se na seara restrita dos julgadores do certame quando existir dúvida do erro na elaboração da questão, ou seja, não se tratar de erro evidente"* (RMS n. 33725/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 12.4.11). O Acórdão restou assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA. DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a revisão dos critérios adotados pela banca examinadora de concurso público apenas em

Gabinete Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

situações excepcionais, onde resta caracterizado o erro crasso na elaboração da questão.

2. Existindo controvérsia a respeito da errônea formulação da questão, ainda que de acentuada dúvida, compete à banca examinadora dirimir tal questionamento.

3. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade do concurso público, tomar o lugar da banca examinadora, nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas

4. Precedentes: RMS 32.098/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.11.2010, DJe 10.12.2010; RMS 32.108/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 14.9.2010; AgRg no Ag 1.298.842/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010; RMS 20.984/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3.11.2009, DJe 12.11.2009.

Recurso ordinário improvido".

Por isso, não havendo prova pré-constituída acerca da existência/inexistência de ato ilegal praticado na elaboração ou correção da prova, inviável a discussão da matéria por meio do *mandamus*.

Desta forma, há de se manter hígida a sentença no tocante ao reconhecimento de ausência de interesse processual, porquanto não se comprovou seu direito líquido e certo.

A respeito do interesse processual, colacionam-se as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. **Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado.** De outra parte, se o autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual" (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 526).

3. Por conseguinte, o voto é pelo desprovimento do recurso, reconhecendo-se, de ofício, a ilegitimidade passiva do Presidente da Empresa Intellectus.