

# Controlo jurisdicional de concursos e exames. Pode uma exceção alterar a teoria?

Colaço Antunes

*Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*

Juliana Ferraz Coutinho

*Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*

---

---

**SUMÁRIO:** 1. Uma orientação dogmática constitucionalmente orientada 2. Um hábil *escamotage* da jurisprudência? 3. O caso especial das provas que versam sobre matérias jurídicas. Uma *performance* possível do juiz administrativo 4. A “Escola do juiz”

---

---

## 1. UMA ORIENTAÇÃO DOGMÁTICA CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA

Estamos confrontados com a espantosa complexidade dos limites do controlo jurisdicional de uma das mais peculiares manifestações do poder administrativo, que parece ter sido domesticada, em geral, através da fórmula aparentemente simples e confortável – *facto versus direito* –, traduzida, simplisticamente, na linguagem administrativa, na distinção dicotómica entre legalidade e mérito. É precisamente esta irredutibilidade ou mesmo *indecisibilidade contenciosa* (em tudo o que vá para além dos vícios formais e procedimentais, do exigentíssimo erro manifesto, do erro de facto e dos princípios fundamentais da atividade administrativa) que nos angustia e desafia, sem com isso pretender pôr em causa a sabedoria e a prudência do juiz administrativo.

Começamos por nos interrogar se as prerrogativas de avaliação da Administração em matéria de exames e concursos (públicos) devem ser proporcionais ao grau de ingerência nos direitos fundamentais ou se, ao invés, se deverá partir de uma perspetiva diversa, tomando como referência imediata a norma constitucional que garante o direito fundamental.

Se optarmos por esta perspetiva, não está tanto em consideração o âmbito reconhecido pela lei a um direito fundamental, mas, diretamente, o tipo de tutela jurisdicional reconhecido a tais situações na sua relação com a Administração. Dito de outra forma, o juiz, hipotizando a incidência direta das garantias constitucionais na relação Administração-jurisdicção, não tem necessidade de valorar em especial o dado normativo, limitando-se a apreciar se a prerrogativa de avaliação da Administração integra uma lesão do direito fundamental em causa<sup>[1]</sup>. Parece ter sido esta a orientação do Tribunal Constitucional alemão<sup>[2]</sup>.

O juiz administrativo, ao sindicar de facto e de direito a prerrogativa de avaliação (decisão) da Administração, não estará, em princípio, vinculado às valorações e aos juízos levados a cabo pela Administração. Neste sentido, serão de todo irrelevantes as circunstâncias pelas quais as decisões de um concurso ou exame se fundam em conhecimentos de natureza técnica ou especialista; as relativas dificuldades de controlo jurisdicional que caracterizam os problemas conexos aos exames deixar-se-iam, em grande medida, superar através da prova pericial ou técnico-científica.

O juiz, com a ajuda da prova pericial, está em condições de judicar a exatidão da resposta do candidato, salvo questões que envolvam juízos de prognose.

[1] Cfr. MAX-EMANUEL GEIS, "Die Anerkennung des "besonderen pädagogischen Interesses", nach Art. 7 Abs. 5 GG: ein Beitrag zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums", in *DÖV*, 1993, p. 24 e ss.

[2] Cfr. ainda M. E. GEIS, "Josefine Mutzenbacher und die Kontrolle der Verwaltung", in *NVwZ*, 1992, p. 25. A

doutrina seguiu maioritariamente de forma crítica as várias sentenças do Tribunal Constitucional. Cfr., entre muitos, K. REDEKER, "Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung", in *NVwZ*, 1992, p. 309. Em sentido favorável ao juiz constitucional A. VON MUTTUS/K. SPERLICH, "Prüfungen auf dem Prüfstand", in *DÖV*, 1993, p. 45.

Salvo melhor opinião, a jurisprudência tem sido crescentemente sensível às críticas da doutrina, sendo que a diferença mais marcante está em que a doutrina parece adotar significativamente a *teoria relativa* (ponderativa) do "conteúdo essencial" do direito fundamental, enquanto a jurisprudência constitucional (alemã) opta maioritariamente pela *teoria absoluta*.