

O direito à revisão judicial de provas e exames seletivos à luz dos tribunais pátrios

*José Maria Pinheiro Madeira**

*Marcelo Dimas***

O controle judicial dos atos administrativos é preceito básico do Estado de Direito contemporâneo (CF, art.5º, XXXV). Complexa e constante é ainda a discussão relacionada com o direito à revisão judicial de questões e resultados em provas e exames. Os examinadores frequentemente se veem às voltas com examinandos e candidatos reclamando por justiça, revoltados contra os resultados de suas provas e recursos, e atribuindo às bancas total falta de razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e transparência nas suas análises e correções.

Não raros são os casos de enunciados dúbios, nulos, de questões de múltipla escolha com nenhuma (ou mesmo mais de uma) resposta correta, assim como de exigência de matérias não previstas nos editais, e de provas com gabaritos claramente em oposição à lei. Essas e muitas outras situações de flagrante ilegalidade ainda são bem mais frequentes do que deveriam ser e, não raro, acabam não sendo reparadas de ofício pelas bancas, de modo que rendem ensejo à instauração de conflitos, muitas vezes de difícil resolução pela via administrativa, resultando num grande número de litígios que se apresentam para serem solucionados pela via jurisdicional.

A jurisprudência dos nossos Tribunais tem-se orientado no sentido de que só são passíveis de reexame, no Judiciário, as questões cuja impugnação se funda na ilegalidade da avaliação ou dos graus conferidos pelos examinadores.

Nos estados de Direito, em que vige o princípio da legalidade, não há espaço para arbitrariedades; o próprio Estado, ao impor a Ordem Jurídica, subordina-se à ela, de onde a máxima: “Suporta a lei que fizeste”, que rege todos os cidadãos e pessoas, inclusive o próprio Estado.

Contudo, a observância da legalidade dos atos administrativos não se vincula tão somente à forma estrita da legalidade, isto é, ao exame de conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade *stricto sensu*). Vincula-se também ao exame dos elementos discricionários de acordo com os princípios constitucionais expressos, ou seja, da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e eficiência administrativas (art. 37, caput, CF/88) e também com os princípios acessórios, com destaque para os princípios da motivação, finalidade, razoabilidade,

proporcionalidade, boa-fé, dignidade da pessoa humana e igualdade, dentre outros (controle da legalidade *lato sensu*)¹.

Assim, nem sempre se apresenta como uma tarefa fácil discernir, entre os tênues limites da legalidade, onde é que a discricionariedade cede lugar à arbitrariedade, ou ainda, onde a razoabilidade e a proporcionalidade cedem lugar à abusividade do direito e do poder, dando margem ao controle da legalidade dos atos pelo judiciário, sob a ótica dos princípios constitucionais.

Veremos que a jurisprudência vem evoluindo no sentido de um posicionamento mais favorável ao alargamento da atuação jurisdicional, na intenção de garantir o respeito do Poder Público aos direitos subjetivos dos candidatos/examinandos. A dificuldade, no entanto, continua residindo na delimitação precisa do que significa exame de 'legalidade' e exame do 'mérito' do ato administrativo². O primeiro, como se verá, é possível de ser, sempre, efetivado pelo Judiciário. O segundo ainda que fique restrito à 'conveniência e oportunidade' da Administração, somente em situações excepcionais está sujeito ao controle judicial, conforme vem sendo defendido pela doutrina, e confirmado pela jurisprudência³.

Certamente a adoção das ultrapassadas concepções que se restringem a um sentido puramente formal de legalidade já resultou em posicionamentos no sentido da imunidade da Administração aos controles jurisdicionais, posicionamentos aqueles que, por sua vez, vieram corroborar uma série de arbitrariedades e injustiças consubstanciadas em tratamentos desarrazoados e desproporcionais⁴. No entanto, com a superação daquela concepção frontalmente contrária ao sentido da ordem constitucional, nossos tribunais vêm consagrando uma série de situações e hipóteses com relação às quais se mostra pacífica a possibilidade de revisão judicial no âmbito

¹ Alexandre Santos do Aragão, tratando da concepção pós - positivista do princípio da legalidade, afirma com razão: *'Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo'*(in *"Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a Releitura do Princípio da Legalidade Administrativa"*, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, artigo inserto na obra coletiva *"Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea"*, coordenador José Ribas Vieira, Editora Lumen Juris, RJ, 2007, página 64.)

² Essa análise da relação existente entre as questões de mérito e de legalidade ultrapassa, certamente, o interesse meramente teórico, uma vez que imprime profunda repercussão prática na abordagem da justiciabilidade da atividade administrativa.

³ De fato, sob a luz dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já é possível constatar a plausibilidade de um maior alargamento no controle do mérito dos atos administrativos discricionários, na defesa dos direitos fundamentais do cidadão, reescrevendo, assim, o papel do Judiciário no controle da administração.

⁴ Não mais se admite que a atividade administrativa discricionária guarde desconformidade às máximas da razoabilidade e da proporcionalidade. Se inadequado, desarrazoado ou desproporcional o ato discricionário, necessária será sua invalidação quando do controle jurisdicional. Essas máximas, da razoabilidade e proporcionalidade, se consubstanciam hoje em limites substantivos às restrições a direitos fundamentais, protegendo os cidadãos das ações inconstitucionais do Poder Público.

das provas, seleções, exames e concursos, sob o prisma da legalidade em sentido amplo⁵.

Desta forma, a impugnação, por meio de ação judicial, a textos de questões, a gabaritos, e a correções de provas objetivas ou discursivas de concursos públicos ou exames seletivos vem sendo admitida em relação à um rol cada vez mais amplo de hipóteses, senão vejamos as principais:

- A) SITUAÇÕES EM QUE SE DISCUTE A VINCULAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL E DO GABARITO OFICIAL
- B) SITUAÇÕES EM QUE SE DISCUTE A VINCULAÇÃO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS EM FACE DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
- C) SITUAÇÕES EM QUE SE DISCUTE A OCORRÊNCIA DE ERRO MATERIAL E/OU VÍCIO NA ELABORAÇÃO DAS QUESTÕES
- D) SITUAÇÕES, EXCEPCIONAIS (E POLÊMICAS), EM QUE SE DISCUTE OS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE NOTAS PELAS BANCAS EXAMINADORAS.

Apreciemos, de início, as questões relacionadas aos atos vinculados da administração, onde se tornam mais facilmente identificáveis os contornos da ilegalidade. É certo que o administrador detém o poder discricionário, insubstituível pelo Juízo, para eleger o nível de conhecimento dos candidatos que se habilitam no concurso e que poderão, a *posteriori*, ingressar no seu quadro de pessoal. Contudo, o concurso público, por se tratar de processo administrativo, é formado pelo encadeamento de uma série de atos administrativos, onde o princípio da vinculação dos atos administrativos impõe ao administrador agir de determinada forma, sob pena de ilegalidade;

Pode-se afirmar, com segurança, que a inobservância tanto de regras claras do edital do certame, quanto à desobediência a princípios e regras vinculantes que regem os atos administrativos podem e devem ser objeto de exame judicial, sob pena de arbitrariedade e abuso de poder da autoridade administrativa. Vejamos, então,

⁵ Na visão do Superior Tribunal de Justiça:

"Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. (...) 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." Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219.

primeiramente, uma dessas questões tão freqüentemente discutidas em nossos tribunais, que é a da vinculação ao edital.

Vinculação ao edital

Reza o já consagrado aforismo jurídico que *"o edital é a lei do concurso público"*⁶. Tal máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, o qual vem homenagear outros princípios importantíssimos, tais como o princípio da segurança jurídica, o princípio da lealdade (segundo o qual a administração deve corresponder às expectativas por ela mesmas geradas nos administrados), o princípio da boa-fé *objetiva* da administração, além do princípio da confiança legítima. Tão grande é a importância deste princípio da vinculação ao edital que, a par de ser uma clara faceta dos princípios da legalidade e moralidade, recebe ele tratamento próprio, de destaque.

A Administração Pública, fazendo uso do poder discricionário que lhe é conferido, certamente tem a liberdade de contratar seu pessoal tendo em vista seus próprios motivos de conveniência e oportunidade. Entretanto, uma vez constatada e decidida sua necessidade, ocorre que esse poder discricionário passa a sofrer certas limitações, tornando-se vinculado à sua causa (concretizada no edital), assim como aos requisitos necessários à investidura no cargo, e por ele impostos. É então que, deste momento em diante, passa a ser possível ao Judiciário coibir eventuais abusos ou ilegalidades que venham a ocorrer, controle este que deve ser feito com estrito respeito aos princípios da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e também na teoria dos motivos determinantes.

A jurisprudência do STF mostra-se coerente ao reconhecer e afirmar, reiteradamente, que a adequação das questões da prova ao programa do edital de concurso público constitui tema de legalidade suscetível de exame pelo Poder Judiciário, uma vez que o edital - nele incluído o programa - obriga, enquanto "lei do concurso", tanto a Administração quanto o candidato às regras previstas. Como o Judiciário pode (e deve) fazer avaliações quanto à legalidade do ato administrativo, essa avaliação estende-se, por exemplo, à discussão sobre se a questão dada em prova de concurso está dentro dos limites impostos no conteúdo programático constante do edital. Por conseguinte, havendo controvérsia acerca da legalidade do ato e pretensão de direito subjetivo lesado a apurar, torna-se perfeitamente cabível o acesso à jurisdição (CF, art 5º, XXXV).

⁶ Há de ser observado que o axioma jurídico de que "o edital é a lei do concurso" não é absoluto, deixando de prevalecer em havendo desconformidade com norma constitucional ou legal, de modo que a Justiça pode interpretar o edital buscando o seu melhor sentido e esquivando-o de cláusulas inconstitucionais, ilegais ou, simplesmente, desarrazoadas.

Vejamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso. Precedente (RE 434.708/RS, 21.6.2005, Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 09.09.2005)”. (RE-AgR 526600/SP/SÃO PAULO RE-AgR526600/SP - SÃO PAULO. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 12/06/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma)

Não há dúvida de que cabe ao administrador o poder-dever de se valer da discricionariedade na escolha do conteúdo das questões, mas isso desde que se restrinja ao conteúdo previsto no edital. Mesmo no caso de provas discursivas, a Comissão do Concurso/exame não pode cobrar matérias não previstas no edital, devendo conter-se aos limites do conteúdo programático divulgado, já que este representa norma de força vinculante em face do princípio da legalidade e da segurança jurídica. Ocasionalmente costumam surgir, não raramente, em que nos deparamos com questões versantes sobre tópicos específicos não previstos no conteúdo programático publicado em edital. Há, nesses casos, vício insanável, ensejando a anulação da questão. O entendimento, sem exceção, é no sentido de que se atribua pontuação em favor de todos os candidatos.

1. Caracterizado erro material em questão de prova discursiva ministrada no período da manhã, a qual abordou disciplina que, segundo o regulamento do certame, seria objeto de avaliação específica na segunda parte da prova, aplicada no período da tarde. Inteligência do princípio da vinculação ao edital.

2. O vício perceptível, de plano, torna legítima a anulação da questão do certame, sendo que, no caso, não houve violação ao princípio da isonomia, visto que foi determinada a atribuição de pontuação a todos os candidatos e, em consequência, a nova classificação dos concorrentes no concurso público. Precedentes. 3. Agravo regimental da União desprovido”. (TRF – Primeira Região,

*AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 200801000283610, Desembargador Federal Fagundes de Deus, DJ 17/5/2008)*⁷

Neste mesmo sentido, vejamos a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da segunda região, envolvendo discussão acerca de prova prático-profissional aplicada no âmbito do Exame de Ordem da OAB/GO, em julho de 2003, onde se reconheceu o excesso praticado pelo ato de se exigir, na referida prova, a elaboração de medida não privativa de advogado, matéria distinta da delimitada pelo Edital do exame e Provimento da OAB que regula sua aplicação.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SEGUNDA FASE. EXAME DE ORDEM. ELABORAÇÃO DE PEÇA PRIVATIVA DE ADVOGADO. SENTENÇA ULTRA PETITA. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. VINCULAÇÃO AO

EDITAL. PROVIMENTO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB Nº 81/96. CONTROLE JUDICIAL RESTRITO AO ASPECTO DA LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Ao Poder Judiciário é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões do concurso público. Entretanto, excepcionalmente, pode o Juiz anular questões subjetivas, através do exame da legalidade do ato, quando comprovado o erro material, vício na formulação das questões, e até mesmo, como na hipótese dos autos, se englobam matérias não constantes das disciplinas arroladas no programa do concurso. Precedentes desta Corte, do STJ e do STF. 2. Se a parte em sua peça de ingresso requer a anulação da questão reputada ilegal, para que o valor a ela atribuída se revista integralmente a seu favor, e o magistrado se limita a deferi-lo em proporção à pontuação auferida nas demais questões, cuja valoração coube à própria Banca Examinadora, não há que se falar em julgamento ultra petita. 3. Não assiste razão ao apelante quanto à alegação de irrecorribilidade das decisões proferidas nos recursos administrativos referentes ao Exame de Ordem, tendo em vista que

⁷ Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DISCURSIVA. QUESTÃO MINISTRADA NO MATUTINO, QUE VERSAVA SOBRE DISCIPLINA ESPECÍFICA DA PROVA DO PERÍODO VESPERTINO.

vigora no Brasil o princípio da inafastabilidade da jurisdição, à vista do qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (Carta Magna, art. 5º, XXXV). 4. A realização do Concurso Público deve pautar-se nas normas e princípios estabelecidos na Constituição Federal e no Edital ao qual se vincula. Dispõe o Edital de abertura das inscrições para o Exame de Ordem da OAB/GO (julho/2003), no item nº 13, que "As disciplinas abrangidas no exame e o programa são os constantes do Provimento nº 81/96, do Conselho Federal da OAB (...)". O art. 5º, II, alínea 'a', do referido Provimento, por sua vez, destaca que a "prova prático-profissional, acessível apenas aos aprovados na prova objetiva, composta, necessariamente, de duas partes distintas: a) redação da peça profissional, privativa ao advogado (petição e parecer), em uma das áreas de opção do examinado (...)". 5. Limitando-se o controle judicial ao aspecto da legalidade – entendida esta como conformidade do ato administrativo ao ordenamento jurídico, irretocável a sentença proferida, que reconheceu o excesso praticado pelo ato impugnado, qual seja, o de se exigir, na peça profissional, a elaboração de medida não privativa de advogado, matéria distinta da delimitada pelo Edital e Provimento da OAB. 6. Apelação e Remessa Oficial desprovidas." (grifamos)

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO, AMS 200435000011953, Processo: 200435000011953-GO, SEXTA TURMA, Relator(a) JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO (CONV.) DJ: 20/2/2006)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. EXAME DE ORDEM. ANULAÇÃO DE QUESTÕES CONSTANTES DE PROVAS DO CERTAME PELO PODER JUDICIÁRIO. MATÉRIA NÃO INTEGRANTE DO CURRÍCULO MÍNIMO DO CURSO DE DIREITO. VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO EDITAL. POSSIBILIDADE.

1. A eg. 8ª Turma deste Tribunal tem o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário, em relação ao Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, salvo eventual ilegalidade no procedimento administrativo na realização do referido exame, apreciar os critérios adotados para a elaboração e correção de questões constantes das provas do certame, eis que inseridos dentro do campo de atuação exclusiva da banca examinadora.

2. Estabelecendo o edital do exame que as provas abrangerão como área de conhecimento as disciplinas profissionalizantes obrigatórias e integrantes do currículo mínimo do Curso de Direito, fixadas pelo MEC e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, a banca examinadora não poderia exigir dos candidatos questões atinentes ao Direito do Consumidor, uma vez que ultrapassa os limites delineados pelas regras do certame.

3. Remessa oficial improvida.

(TRF1 REOMS 2006.37.00.005132-8/MA, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Oitava Turma, DJ p.168 de 14/12/2007)

Pelo teor desses julgados, o que se verifica é a expressão nítida do entendimento, já consagrado, segundo o qual a cobrança, pela banca examinadora, de matérias não previstas no edital traduz-se em violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, tornando legítima a atuação do Poder Judiciário, que poderá ordenar a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, coibindo, assim abusos e arbitrariedades cometidos pelos administradores em detrimento da Administração Pública e de seus administrados. Tais premissas estão, inclusive, brilhantemente inscritas no voto do Ministro Carlos Britto no RE 434.708-9/RS, como se pode apreciar a seguir:

"O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, o pranteado Hely Lopes Meirelles, numa frase que se tornou celebre pela sua precisão pedagógica, disse o seguinte: o edital é a lei interna da licitação. Claro que podemos aplicar essa definição ao concurso, que é um procedimento tão concorrencial quanto o da licitação. No caso, esse apego da Administração Pública às normas editalícias, por ela, Administração, publicadas, homenageia a um só tempo o princípio da segurança jurídica - as partes querem estar seguras de que o edital será respeitado -, o princípio da lealdade, lealdade naquele sentido de que a administração pública tem que corresponder às expectativas por ela mesma geradas nos administrados. É o que, na doutrina alemã e na doutrina portuguesa, tem-se chamado de proteção da confiança. No caso, o que é vedado ao Poder Judiciário em tema de apreciação da legalidade dos concursos é se substituir ao administrador público em três sentidos: quanto aos critérios da formulação dos quesitos; quanto aos critérios de correção de prova e, por desdobramento, quanto à atribuição da nota em si. Não é o

caso dos autos, como V.Exa. muito bem demonstrou. O que está a ocorrer no caso é o desapego da própria Administração Pública às normas editalícias por ela definidas e publicadas. Não há pertinência temática entre o que foi proposto aos candidatos e ao programa do edital. De sorte que acompanho comodamente o voto de V.Exa." (grifo nosso)

Portanto, na elaboração, preparação, convocação, realização e controle dos concursos públicos, deve a Administração atuar imbuída de absoluta boa-fé, vinculando-se estritamente às regras regentes do certame, uma vez que a confiança na atuação leal é o mínimo que os examinandos/concorrentes esperam da administração.

Interessante ainda, com relação à interpretação do alcance dessa vinculação tão defendida, é o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido da legitimidade da exigência, feita pela banca examinadora de concurso público, de legislação superveniente à publicação do edital, quando esta cobrança não for expressamente vedada pelas disposições editalícias. Vejamos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO⁸. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REEXAME, PELO PODER JUDICIÁRIO, DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DAS QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. QUESITO SOBRE A EC 45/2004, EDITADA POSTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DO EDITAL. VIABILIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTES.

- 1. No que refere à possibilidade de anulação de questões de provas de concursos públicos, firmou-se na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca*

⁸ No mesmo sentido havia se dado a decisão recorrida, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, assim ementada: MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. NULIDADE DAS QUESTÕES. FORMULAÇÃO EM DESACORDO COM O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO. INOCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. (...) 2. Não há que se falar em questões formuladas em desacordo com o conteúdo programático, sob o argumento que as mesmas foram baseadas em legislação publicada posteriormente ao edital do certame, se a nova norma veio somente alterar e estruturar matéria cujo conhecimento específico era previsto no edital. Seria desproporcional defender-se a tese que, prevendo o edital certa matéria, nenhuma legislação posterior à publicação do edital, com incidência sobre o tema, poderia ser utilizada, pois se estaria exigindo do concorrente o estudo de matéria ultrapassada e revogada, em detrimento de normas em pleno vigor e aplicação. Segurança denegada."

examinadora desses certames a responsabilidade pela sua análise./2. Excepcionalmente, contudo, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, por ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade./3. No caso em apreço, a parte impetrante, ao alegar a incorreção no gabarito das questões 06, 11 e 30 da prova objetiva, busca o reexame, pelo Poder Judiciário, dos critérios de avaliação adotados pela banca examinadora, o que não se admite, consoante a mencionada orientação jurisprudencial./4. Previsto no edital o tema alusivo ao "Poder Judiciário", o questionamento sobre a Emenda Constitucional 45/2004 – promulgada justamente com o objetivo de alterar a estrutura do Judiciário pátrio – evidentemente não contempla situação de flagrante divergência entre a formulação contida nas questões 27 e 28 do exame objetivo e o programa de disciplinas previsto no instrumento convocatório./5. Além disso, esta Casa possui entendimento no sentido da legitimidade da exigência, pela banca examinadora de concurso público, de legislação superveniente à publicação do edital, quando este não veda expressamente tal cobrança. 6. Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS 21617/ES, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 16/6/2008) (nota e grifos nossos)

E no mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE MATÉRIA SUPERVENIENTE AO EDITAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que ao Poder Judiciário compete a análise das questões pertinentes à legalidade do edital e ao cumprimento das suas normas pela banca examinadora. Em regra, não cabe o exame do conteúdo das questões

formuladas em concurso público. 2. Hipótese em que ao se exigir do candidato conhecimento a respeito da Emenda Constitucional 45/04, promulgada posteriormente à publicação do edital, a banca examinadora não se desvinculou do conteúdo programático e, por conseguinte, não violou o princípio da legalidade, conferindo, ainda, prazo razoável, superior a 3 (três) meses, para que o candidato se preparasse adequadamente para as provas. 3. Recurso ordinário improvido. (STJ. 5ª TURMA RMS Nº 21.743 - ES (2006/0072723-8) DJ: 05/11/2007. 09 de outubro de 2007(Data do Julgamento) REL. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA)

MS. CONCURSO PÚBLICO. MATÉRIA SUPERVENIENTE. EDITAL. A recorrente insurge-se contra questões da prova objetiva de concurso público para provimento do cargo de Escrevente Juramentado, que teriam contrariado o conteúdo programático e, assim, o princípio da legalidade, ao exigir dos candidatos conhecimentos sobre a EC n. 45/2004, que teria sido promulgada posteriormente à publicação do edital que regia o certame. O Min. Relator lembrou que a jurisprudência orienta-se, há longa data, no sentido de que compete ao Poder Judiciário a análise das questões pertinentes à legalidade do edital e ao cumprimento das suas normas pela banca examinadora. Em regra, não cabe o exame do conteúdo das questões formuladas em concurso público. No caso, ao exigir da candidata conhecimento a respeito da referida EC, a banca examinadora não se desvinculou do conteúdo programático e, por conseguinte, não violou o princípio da legalidade, conferindo, ainda, prazo razoável, superior a três meses, para que a candidata se preparasse adequadamente para as provas. Diante disso, a Turma negou provimento ao recurso em mandado de segurança." Precedentes citados do STF: RE 268.244-CE, DJ 30/6/2000; do STJ: RMS 17.902-MG, DJ 29/11/2004. RMS 21.743-ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 9/10/2007.

Outro ponto importante, ainda que muitas vezes olvidado, é o que diz respeito ao entendimento, corretíssimo, de que a vinculação ao edital não é absoluta, de modo que deixa de prevalecer em havendo descompasso com norma legal de superior hierarquia. Assim, do mesmo modo que o edital não pode impor regras inconstitucionais, ilegais ou sem razoabilidade, também não cabe impugnar exigências feitas que, a par de não previstas no edital, sejam em tudo compatíveis com seus termos, razoáveis, e harmônicas com os termos da legislação de hierarquia superior à que esteja vinculado e submetido o edital. É o que acontece, por exemplo, no Exame de Ordem da OAB, nacional, o qual é regido pelo seu edital mas, concomitantemente, pelo Provimento n.º 109/2005, do Conselho Federal da OAB, o qual fixa, inclusive, o programa da prova prático-profissional.⁹

De qualquer forma, temos que, caso o edital tenha regulado as matérias subjacentes às questões que serão apresentadas pela banca examinadora, o ato a ser implementado deixa de ser discricionário para se tornar vinculado, ficando a comissão examinadora sujeita às suas diretrizes, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, e de revisibilidade de seus atos pela via jurisdicional.

Vinculação ao gabarito

Ora, temos que não apenas aos termos do Edital deve o administrador apegar-se na elaboração e correção das provas. A publicação de um gabarito oficial após a aplicação das provas é um ato que adquire força vinculante em relação aos procedimentos subsequentes, de correção das provas e análise dos recursos, onde a legalidade impõe que o administrador proceda em consonância com o resultado (gabarito oficial) das questões do certame, sendo evidente que nesta esfera faz-se presente o princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional, apta a coibir a lesão ou ameaça a lesão do direito subjetivo¹⁰. Neste sentido, é certo também o direito que os

⁹ ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. VIOLAÇÃO AO EDITAL AFASTADA. CRITÉRIOS DE ELABORAÇÃO E CORREÇÃO. EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1- É vedado ao Poder Judiciário, conforme jurisprudência uníssona dos Tribunais Superiores, apreciar o mérito dos atos administrativos, ficando sua ingerência restrita às hipóteses de violação a algum dos princípios que regem a Administração Pública, dentre eles o da legalidade e o da vinculação ao edital. 2 - Previsto no Edital que a prova prático-profissional consistiria na elaboração de "peça privativa de advogado", a conduta da OAB de exigir dos candidatos a confecção de um "Habeas Corpus" não se distanciou da disposição editalícia, porquanto, além de tal peça ter sido enumerada pelo Provimento n.º 109, de 9 de dezembro de 2005, do Conselho Federal da OAB, dentre aquelas passíveis de serem cobradas dos candidatos, revela-se razoável exigir-se, de um bacharel em direito, que pretende laborar com a advocacia criminal, a elaboração da peça que, dentre todas, parece ser a mais simples e corriqueira da área penal. 3- Recurso desprovido. TRF- SEGUNDA REGIAO, AMS/73391, Processo: 200751010245824-RJ Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Relator(a) Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator.DJU ::27/08/2008) (grifamos)

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE TEXTO DE QUESTÃO SUBJETIVA EM DESACORDO COM A PRÓPRIA RESPOSTA DA BANCA EXAMINADORA DO CONCURSO. INOBSERVÂNCIA AO

candidatos/examinandos têm ao o acesso ao cartão/folha de respostas, a fim de que seja possível a confrontação com o gabarito divulgado¹¹.

A resposta da Banca Examinadora não deve nunca destoar do critério utilizado para a correção da questão. No entanto, não raras vezes ocorre de o gabarito oficial, fornecido pela organização do concurso/exame, apresentar como resposta correta para uma determinada questão um critério diferente do que vem a ser utilizado pela banca examinadora na correção da prova do examinando; trata-se de evidente ilegalidade.

A solução neste caso, em não havendo a retratação administrativa, é a que cabe ao judiciário: anular a correção realizada para que outra seja feita de acordo com o gabarito oficial, pois, nestes casos, o escopo não é estabelecer uma instância revisora judicial das notas que lhes foram atribuídas, mas sim restaurar o equilíbrio necessário através da atuação judicial na sindicabilidade do ato administrativo ilegal.

Vinculação à exposição dos motivos

É interessante notar que, em realidade, acabou firmando-se na doutrina e na jurisprudência a tese da desnecessidade da Banca explicitar a fundamentação para cada nota atribuída na correção de prova. O dever de justificação somente pode ser reconhecido e respeitado pela Comissão de Concurso ao proceder a análise de eventual recurso administrativo interposto pelo certamista ou examinando, em cuja oportunidade deve ser exposta textualmente os motivos (exposição dos motivos, isto é, exposição da situação de fato que embasou o ato) que culminaram o grau atribuído à prova do candidato. Acrescentamos que assim entendemos, todavia atendendo sempre o princípio da razoabilidade, que proíbe os excessos.

É expressiva a jurisprudência prestigiando esse entendimento, por exemplo:

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NULIDADE PARCIAL DA QUESTÃO. POSSIBILIDADE.- 1. A resposta da Banca Examinadora não pode destoar dos critérios de correção divulgados, de forma expressa, no espelho da avaliação da prova discursiva, pois tal incongruência acarreta a nulidade parcial ou total da referida questão./ 2. O princípio da razoabilidade deve nortear a motivação da apreciação subjetiva da Administração Pública, devendo, portanto, ser factível, razoável e verdadeira./ 3. Agravo regimental provido. (TRF _ 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 56596/PE (2004.05.00.017833-7), 3ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, DJU 19.10.2004)

¹¹ Recentemente, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região (Apelação Cível n.º 2006.34.00.008854-0/DF), sob a relatoria do juiz federal convocado Ávio Mozar José Ferraz de Novaes, decidiu, por unanimidade, que a negativa de vista dos cartões-respostas de prova de concurso público, para confronto com o gabarito oficial, viola os princípios da publicidade, legalidade e da fundamentação dos atos administrativos. A decisão é no sentido de que não podem os concursos públicos ser realizados de maneira sigilosa, que deixe margem a qualquer dúvida quanto à lisura de seus procedimentos, devendo a atuação da Administração Pública deve ser pautada pela transparência. Assim, entendeu o magistrado que, como os autores foram afetados pela medida em questão, teriam o direito de ver revista a prova objetiva, "a fim de comprovarem seus desempenhos individuais." O relator concluiu seu voto determinando a manutenção da sentença que condenou a União Federal a apresentar os cartões-respostas preenchidos pelos apelantes, juntamente com o gabarito oficial.

“CONCURSO PÚBLICO. JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO. PROVA DE SENTENÇA. PRETENSÃO DE OBTER INFORMAÇÕES ACERCA DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA COMISSÃO DE CONCURSO NA CORREÇÃO DAS PROVAS ESCRITAS (SENTENÇAS CÍVEL E CRIMINAL). BEM ASSIM DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS QUANDO DA ATRIBUIÇÃO DO GRAU CONFERIDO AO CANDIDATO, PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. AO PODER JUDICIÁRIO, RESTRINGINDO-SE AO CONTROLE DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, NO CASO CABE APENAS OBSERVAR SE ADOTADOS OS MESMOS CRITÉRIOS PARA TODOS OS CANDIDATOS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IMPESSOALIDADE OBSERVADOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO E DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE NÃO RESTA CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO, DECORRENTE DE ATO ILEGAL. SEGURANÇA DENEGADA. (MS nº 70007575855, Segundo Grupo Cível – TJRS, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, em 12.12.2003).”
(Grifamos)

Ocorre que, por força da chamada “Teoria dos Motivos determinantes”¹², construção doutrinária elaborada no intuito de vincular o ato aos motivos que o determinaram em ordem a não imunizá-lo ao exame judicial, uma vez motivado o ato, a Administração está vinculada àquela exposição de motivos, podendo seus atos serem revistos judicialmente, com base na citada teoria e também com lastro no princípio da razoabilidade, o que envolve a análise dos motivos determinantes para a prática do ato, evitando-se abusos, arbitrariedades, incongruências entre a razão e a conclusão ou a finalidade administrativa.

¹² Sobre a teoria dos motivos determinantes, ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 13a edição, Malheiros editores, SP, 2001, p.360, quando afirma que “os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de motivos de fato falso, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do 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 justificavam”.

Isto ocorre, pois, o ato administrativo deve necessariamente guardar compatibilidade com os fundamentos que geraram a manifestação de vontade do administrador, sob pena de incidir em insanável vício de legalidade¹³.

Ocorrência de erro material e/ou vício na elaboração das questões

Atualmente, entende-se com relação aos limites da discricionariedade técnica das Bancas Examinadoras, que estas não podem atuar com arbitrariedade no eleger das questões e de sua(s) respectiva(s) alternativa(s) de resposta(s); e que também não podem agir com desprezo pelas normas técnicas reconhecidamente aplicáveis aos assuntos objeto das questões cobradas; É assim que os examinadores devem formular questões e alternativas corretas, juridicamente razoáveis, que permitam aos candidatos competir de modo livre, sob condições isonômicas e dentro da lei¹⁴.

Mostra-se razoável exigir-se que uma Banca Examinadora não adote certos procedimentos ilícitos, portanto devem ser coibidas as condutas arbitrárias que vem originando inúmeros litígios quando não reparadas de ofício pela administração. Vejamos alguns deles: (1) propor uma questão/resposta mal formulada e/ou ambígua, eivada de erro material capaz de gerar fundadas e razoáveis dúvidas quanto ao seu alcance e precisão, e, conseqüente perplexidade que dificulte a eleição da alternativa correta; (2) exigir que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas (duplicidade de respostas); (3) exigir que se assinale uma alternativa correta, quando, na verdade, não existem alternativas corretas, e sem que haja uma alternativa indicando que todas as demais alternativas estão incorretas (ausência de resposta correta); (4) eleger como correta uma alternativa incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes;

¹³ Neste sentido: *"Ação ordinária proposta por candidata ao cargo de auxiliar de enfermagem declarada inapta no exame médico-admissional em face do Município, tendo por pedido sua nomeação e posse. Sentença que julgou procedente o pedido para determinar que o réu proceda à nomeação e conseqüente posse da autora no cargo de auxiliar de enfermagem, no prazo de trinta dias a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 300,00. Apelo do Município. Recurso que não merece prosperar. Constatando a prova pericial a ausência de inaptidão da apelada para o cargo pretendido, revela-se ilegal o ato administrativo que a eliminou do concurso. Possibilidade, outrossim, de controle judicial do ato impugnado por não se terem verificados seus motivos determinantes. Apelação a que se nega provimento".* (TJ-RJ. AC 2008.001.58982 - DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 12/05/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL)

¹⁴ No entendimento do STJ : *EMENTA - Concurso público (juízes). Banca examinadora (questões/critério). Erro invencível (caso). Ilegalidade (existência). Judiciário (intervenção). 1.Efetivamente – é da jurisprudência –, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível. 2.Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX). 3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança.Maioria de votos. (STJ. RMS Nº 19.062/ RS 2004/0141311-2, SEXTA TURMA. REL. MINISTRO NILSON NAVES. - DJ: 03/12/2007)*

Uma vez incorrendo a banca neste tipo de conduta, seus atos sujeitam-se ao controle judicial sob o prisma da sua ilegalidade. Confirmando este entendimento, veja-se, por exemplo, a seguinte decisão, do Superior Tribunal de Justiça:

“Concurso público (juízes). Banca examinadora (questões/critério).

Erro invencível (caso). Ilegalidade (existência). Judiciário (intervenção).

1. Efetivamente – é da jurisprudência –, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível.

2. Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX).

3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança. Maioria de votos.”

(RMS 19.062/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2007, DJ 03/12/2007 p. 364)

CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PUBLICO REVISAO DE PROVA INDEFERIMENTO DE EXAME PERICIAL AGRAVO PROVIDO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE EXAME PERICIAL OBJETIVANDO APURAÇÃO DE QUESTÕES EM CONCURSO PÚBLICO APONTADAS COMO MAL FORMULADAS E CONFUSAS. AMPLITUDE DO DIREITO DE O CANDIDATO REPROVADO, ATRAVÉS DE PERÍCIA ESPECIALIZADA COMPROVAR TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. PROVIMENTO DO RECURSO. I - Em nosso Estado, nos termos do art. 1º da Lei nº 1.829 de 4 de julho de 1991, os concursos para provimento de cargos estaduais de qualquer natureza, que submetam os candidatos a provas escritas, ficam obrigados a permitir a revisão de prova, dispondo a lei no seu art. 4º, que a inobservância das referidas disposições legais, impõe a nulidade do concurso, ficando seus

organizadores obrigados a realizá-lo novamente, nas mesmas bases e com questões diferentes, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias da anulação, impedida a cobrança das taxas de inscrição e de revisão para os candidatos que a ele se tenham habilitado. II - Portanto, não obtida a obrigatória revisão pelas vias administrativas onde apontou que as questões foram confusas e mal formuladas, tem o Agravante o direito de provar o alegado pelas vias judiciais, por força do princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional, possibilitando-se-lhe a ampla dilação probatória; III - Provimento do recurso. (TJ-RJ. 13ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento no 06946/2003. Relator-designado: Des. Ademir Paulo Pimentel. Data do Julgamento: 08.out.2003) GRIFOS NOSSOS.

Isto é possível, pois, numa prova de múltipla escolha (prova objetiva), não se deve obrigar o candidato a empreender engenhosas dilações e elucubrações doutrinárias e interpretativas de caráter eminentemente subjetivo e opinativo para que possa responder às questões; ao contrário, é cogente levá-lo a atentar, objetivamente, para o que está sendo questionado pelo examinador.

Assim, depreende-se da análise da jurisprudência mais atualizada que, excepcionalmente, pode o Juiz anular questões objetivas, através do exame da legalidade do ato, quando comprovado o erro material e/ou vício na formulação das questões¹⁵.

O vício na formulação das questões

É perfeitamente possível identificar a razoabilidade da anulação judicial de questões de provas (por vício de formulação) quando, por exemplo, a redação que for conferida a alguma(s) das questões realmente induzir ao surgimento de dúvidas devido a estar, por exemplo, extremamente truncada esta redação, dando margem a inevitáveis equívocos de interpretação, diante da disposição de frase(s) de maneira obscura e/ou

¹⁵ Neste sentido o trecho do seguinte acórdão do TRF da primeira região, em sede de apelação cível: " (...) 2. Excepcionalmente pode o Juiz anular questões objetivas, através do exame da legalidade do ato, quando comprovado o erro material, vício na formulação das questões, e até mesmo se englobam matérias não constantes do programa de disciplina arroladas no programa do concurso. 3. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a discricionariedade na formulação e correção de questões de prova em concurso público está sujeita a controle judicial destinado a expungir erro da Administração (Tribunal Regional Federal da 1ª Região . Processo: AC 1999.01.00.072912-2/DF; APELAÇÃO CÍVEL . Relator: JUIZ JOAO BATISTA MOREIRA Convocado. Órgão Julgador: QUINTA TURMA Publicação: 21/01/2002 DJ p.296 . Data da Decisão: 23/11/2001)

incompleta. Isto costuma ocorrer quando a Banca formula questões/respostas nitidamente confusas, ambíguas, equivocadas ou duvidosas, seja em face do contexto em que inseridas, seja por impropriedades semânticas, gramaticais ou mesmo ortográficas; isto, pois a técnica de elaboração das questões pressupõe o bom conhecimento do vernáculo, e a elaboração de textos que não deixem espaço às controvérsias semânticas e contextuais.

Assume-se, com isto, que a Banca deve valer-se da norma culta da língua, caracterizada por uma linguagem escoreta, clara e precisa e que tanto as questões formuladas quanto as suas respectivas alternativas de respostas oferecidas devem revestir-se de suficientes clareza e precisão, de modo a não deixar margens impróprias de interpretação, e de modo a não gerar nos examinandos grandes incertezas quanto ao alcance e o real significado das proposições, sob pena de eivar-se toda a questão de vício insanável, a ensinar a sua nulidade.

Vejamos recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, através da qual, por maioria de votos, a Sexta Turma deferiu o pedido de candidata para anular questão de prova para ingresso na magistratura rio-grandense. Ao votar, o relator do recurso, ministro Nilson Naves, destacou que não cabe ao Judiciário, em princípio, discutir critérios de banca examinadora. Entretanto ponderou que, em certas situações e determinados assuntos, é lícita a intervenção judicial, é lícito ao juiz conhecer da provocação. A seguir:

“EMENTA: Concurso público (juizes). Banca examinadora (questões/critério)./Erro invencível (caso). Ilegalidade (existência). Judiciário (intervenção)./ 1. Efetivamente – é da jurisprudência –, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível./ 2. Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX)./ 3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança. Maioria de votos. (RMS 19062/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 03/12/2007 p. 364)

O mesmo pode-se dizer de questões que trazem em seu texto erros flagrantes de digitação capazes de provocar equívocos significativos, como no caso a que se refere o acórdão *infra* colacionado

REMESSA NECESSÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA–

ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 1533/51 – CONCURSOPÚBLICO – OAB – EXAME DE ORDEM – ERRO DE DIGITAÇÃO EM ENUNCIADO DE QUESTÃO - ANULAÇÃO DE QUESTÃO DEPROVA – POSSIBILIDADE.

I- Deve ser mantida a r. sentença que concedeu em parte a segurança, confirmando a liminar, onde a parte Impetrante buscava o acréscimo de 1 (um) ponto decorrente de anulação de questão de prova do 17º Exame de Ordem, por ter ocorrido erro de digitação no enunciado, dando margem à interpretação diversa da esperada pela Banca Examinadora, e que causara sua desclassificação para a 2ª fase do referido certame.

II- De acordo com magistério jurisprudencial, o juiz ou tribunal não pode substituir a banca examinadora para reexaminar critérios subjetivos de correção e revisão de provas relativas a concurso público.

III- Ocorre que o que se discute é matéria que alcança o campo do Direito, e que se afigura como evidente equívoco provocado por erro de digitação em enunciado de questão.

IV- Outrossim, deferida medida liminar, mais tarde confirmada pela decisão de 1º grau acarretando a situação de fato que consumou-se pelo decurso do tempo, recomenda-se a chancela do julgado singular.

V- Incidente in casu, a Teoria do Fato Consumado, uma vez que prestigia a estabilidade das relações jurídicas sem qualquer prejuízo para terceiros.

VI- Negado provimento à remessa necessária, confirmando-se a r. sentença de 1º Grau.

(TRF 2aR, 5aT, REO 48061-RJ, Proc 200251010029133, Rel. Juiz Raldênio Bonifácio Costa, j. 7/5/2003, v.u., DJ 27/5/2003, p. 148)

Neste caso citado, por exemplo, o que se discute é o erro no enunciado da questão, que pode levar inúmeros candidatos a respostas incorretas. Não se confunde, portanto, com a proibição de reanálise, pelo Judiciário, dos critérios de correção e revisão de provas de concurso público ou com o mérito das questões;

Imposições arbitrárias em provas objetivas - ausência ou multiplicidade de respostas corretas

Bem firmado encontra-se também o entendimento de que, igualmente constituem hipóteses de erro material, portanto sujeito ao controle de legalidade, aquelas em que a administração incorre em arbitrariedade por exigir que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas (multiplicidade de respostas); ou por exigir que se assinale uma alternativa correta, quando, na verdade, não existem alternativas corretas, e sem que haja uma alternativa indicando que todas as demais alternativas estão incorretas (ausência de resposta correta);

Realmente, vem merecendo crescente atenção essa questão concernente aos limites dos administradores responsáveis pela elaboração e correção das chamadas provas de múltipla escolha, ou provas objetivas. Ainda que a tendência do Poder Judiciário tenha sempre sido no sentido de reconhecer ampla imunidade aos elaboradores dessas provas, vem firmando-se, contudo, o entendimento segundo o qual, se o interessado comprova que há **mais de uma alternativa correta**, a questão configura-se como sendo de legalidade e o Judiciário deve, então, promover a anulação da questão, atribuindo a todos os candidatos prejudicados os pontos que tenham perdido em função dela¹⁶.

Quando o enunciado elaborado pela Banca Examinadora afirmar que existe uma única alternativa correta, não há que se tolerar a existência de mais do que o afirmado.

¹⁶Quando as questões são anuladas em virtude de estarem incorretas as suas formulações, causando a alteração na nota e, via de consequência, na classificação dos candidatos, assume-se que tais modificações devam atingir indiscriminadamente todos os participantes, alterando a nota para todos os concorrentes, o que atende ao princípio da igualdade. Equivocado seria o entendimento da Administração Pública se anulasse determinada questão e somente considerasse o equívoco em benefício do candidato que a tivesse reclamado. Portanto, verificado o erro na formulação das questões, a Administração as corrigiu, pois, caso contrário, seria legitimar o equívoco e possibilitar que candidatos com menor conhecimento fossem aprovados em detrimento de outros, mas aptos e mais preparados.

Em assim sendo, obviamente que, atribuindo a pontuação exclusivamente ao reclamante, estariam sendo feridos os princípios da isonomia e da impessoalidade. Neste sentido: *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME DE ORDEM. ANULAÇÃO DE QUESTÃO - REVERSÃO DE PONTUAÇÃO AOS CANDIDATOS QUE RECORRERAM - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. - O reconhecimento de equívoco na elaboração de determinadas questões do certame, por parte da Administração, e conseqüente anulação das mesmas, alcança aos candidatos que a aproveitem a pontuação respectiva, independentemente de interposição de recurso a tanto, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.* (TRF 4a R, 4a T, A MS 68457-PR, Proc 200070000091846, Rel. Juiz Amaury C de Athayde, j. 19/9/2001, v.u., DJ 25/8/2004, p. 593)

Acaso existam outras opções corretas, além daquela anunciada, nula será a questão, devendo o Judiciário pronunciar-se nesse sentido uma vez que a matéria é de legalidade. Sem dúvida, configura-se uma clara arbitrariedade exigir-se que o examinando assinale uma única alternativa correta, em havendo, na verdade, pelo menos duas (multiplicidade de respostas); tal comportamento resulta num ato eivado de vício de legalidade.

Convenhamos que não se poderia admitir como razoável o fato de uma Banca Examinadora dar, por corretas, as duas assertivas, ou mesmo uma delas que fosse, mantendo a validade da questão; Isto pois o motivo do ato – o enunciado- traria uma assertiva falsa, o que é inadmissível, uma vez que prejudica os candidatos, causando-lhes perplexidade ante aquela situação inusitada, que não se coaduna com a exigência de boa-fé objetiva da Administração Pública¹⁷.

Portanto, em estando as questões ambíguas ensejando a multiplicidade de respostas, o Judiciário, frente ao vício do ato da Banca Examinadora, não pode mantê-las, por afronta ao princípio da legalidade e, como consequência, além de declarar nulas tais questões (art. 47 do CPC), a anulação deverá beneficiar não somente ao recorrente, como também aos demais candidatos, independentemente de interposição de recurso, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia e da impessoalidade.

Nos termos da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - CONCURSO PÚBLICO - DISSÍDIO PRETORIANO COMPROVADO E EXISTENTE – AUDITOR TRIBUTÁRIO DO DF – PROVA OBJETIVA - FORMULAÇÃO DOS QUESITOS - DUPLICIDADE DE RESPOSTAS – ERRO MATERIAL - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DOS ATOS - NULIDADE.

(...)

2 - Por se tratar de valoração da prova, ou seja, a análise da contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, porquanto não se pretende que esta seja mesurada, avaliada ou produzida de forma diversa, e estando comprovada e reconhecida a duplicidade de respostas, tanto pela r. sentença monocrática, quanto pelo v. acórdão de origem, afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ (cf. AG nº 32.496/SP).

3 - Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela

¹⁷ O que, por consequência direta, afronta o princípio constitucional da moralidade administrativa.

Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS nº s 5.988/PA e 8.067/MG, entre outros). Porém, isso não se confunde com, estabelecido um critério legal - prova objetiva, com uma única resposta (Decreto Distrital nº 12.192/90, arts. 33 e 37), estando as questões mal formuladas, ensejando a duplicidade de respostas, constatada por perícia oficial, não possa o Judiciário, frente ao vício do ato da Banca Examinadora em mantê-las e à afronta ao princípio da legalidade, declarar nulas tais questões, com atribuição dos pontos a todos os candidatos (art. 47 do CPC c/c art. 37, parág. único do referido Decreto) e não somente ao recorrente, como formulado na inicial. 4 - Precedentes do TFR (RO nº 120.606/PE e AC nº 138.542/GO). 5 - Recurso conhecido pela divergência e parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente, em parte, o pedido a fim de declarar, por erro material, nulas as questões 01 e 10 do concurso ora sub judice, atribuindo-se a pontuação conforme supra explicitado, invertendo-se eventuais ônus de sucumbência. (STJ, 5aT, RESP 174291-DF, Proc. 199800350373, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17/2/2000, v.m., DJ 29/5/2000, p. 169)

Nesses casos verifica-se um problema de legalidade bastante sério, já que não se espera da administração que esta venha confundir os candidatos com alternativas equivocadas, de modo que, ao afirmar falsa ou equivocadamente que só existe uma alternativa correta, estará redundando na nulidade de toda a questão.

No mesmo sentido, as seguintes decisões colhidas do repertório do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, acerca de situações onde ficou comprovada a duplicidade de respostas:

"Administrativo. Concurso público. Exame de Ordem. Prova objetiva. Questões. Mais de uma alternativa correta. Anulação. Atribuição dos pontos a todos os candidatos.

1. Constatada pela Comissão Revisora, no julgamento de recursos administrativos interpostos, a existência de questões, em prova objetiva, com mais de uma alternativa correta, ou formuladas de modo a levar o candidato à dúvida e ao erro, a atitude correta seria a anulação de tais questões, com a

atribuição dos pontos respectivos a todos os participantes, e não apenas àqueles que apresentaram recurso.

2. Sentença que se reforma, para conceder a segurança.

3. Apelação provida” (AMS 38.000.141.441, Des. Daniel Paes Ribeiro).

“Administrativo e processual civil. Concurso público. Auditor-fiscal da Receita Federal. Legitimidade da autoridade impetrada, apenas em parte. Adequação da via eleita. Formulação de questão de prova que comporta duplicidade de respostas: nulidade. Candidato que participou do certame por meio de liminar e que concluiu, com êxito, o curso de formação. Ausência de decisão definitiva. Nomeação e posse. Impossibilidade.

1. O Diretor-Geral da ESAF é autoridade competente apenas para planejar e controlar o recrutamento e a seleção dos candidatos para o preenchimento de cargos no âmbito do Ministério da Fazenda, em conformidade com a Portaria Ministerial n. 274/2001, e não para nomear e dar posse a candidatos ao cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal. Legitimidade reconhecida, em parte.

2. No caso dos autos, discute-se a regência correia de um verbo utilizado em texto de prova objetiva de Português, estando o writ substancialmente instruído com lições de diversos estudiosos da Língua Portuguesa, extraídas de gramáticas e dicionários conceituados no âmbito acadêmico. Não há, 'portanto, necessidade de produção de provas, tendo em vista que os documentos juntados aos autos são suficientes para o deslinde da questão, nos termos do art. 427 do CPC, motivo por que se afasta a alegada impropriedade do writ, na espécie.

3. A prova do tipo objetiva não pode conter questões que envolvam interpretação controvertida, de modo a dar ensanchas à duplicidade de respostas. Nulidade da questão que se reconhece para assegurar ao candidato a atribuição do ponto que não lhe foi conferido, resultando, em face das circunstâncias da causa, na sua aprovação no concurso público, tendo em vista que ele concluiu, com êxito, o curso de formação.

4. A nomeação e posse em cargo público dependem do trânsito em julgado da decisão judicial que permitiu ao candidato

participar do curso de formação profissional. Precedentes jurisprudenciais.

5. Apelação da União parcialmente provida" (AMS 01.290.893, Rel. Dês. Federal Luciano Tolentino Amaral.

Na mesma esteira também caminham outras jurisprudências dos Tribunais Superiores, como se vê pelos julgados adiante transcritos:

"Em tema de concurso público, é vedado ao Poder Judiciário reapreciar as notas de provas atribuídas pela Banca Examinadora, exceto nas hipóteses em que haja erro material em questão objetiva, que acarrete nulidade da mesma ou, ainda, quando, por afronta às normas pré-fixadas no edital e na lei, os quesitos sejam formulados de forma inadequada ou ofereçam alternativas de resposta - bem assim a opção eleita correta - discrepantes dos parâmetros já sedimentados." (STJ, 6ª. Turma, ROMS 14202-RS, Rel. Min. Paulo Medina- Data da decisão: 23/03/2004)

Assim, podem ser objeto de enfrentamento pelo Poder Judiciário os casos de existência de dissídio eloqüente na jurisprudência e na doutrina acerca das alternativas oferecidas, de forma a causar perplexidade no candidato e, por conseqüência, prejuízo.

Por tudo isto é que as hipóteses controvertidas não deveriam merecer acolhida em provas objetivas, onde não há a possibilidade de fundamentação das respostas. Do mesmo modo, nas provas objetivas de conhecimento jurídico, deveriam ser evitadas as questões ainda muito polêmicas na doutrina ou eventualmente sujeitas a dissídio jurisprudencial ainda não resolvido pelo STJ, assim como também deveriam ficar de fora as controvérsias relativas à dispositivos constitucionais ainda não resolvidas pelo STF.

Diante da relevância do tema, insta salientar que a doutrina é rica e incontroversa, tanto quanto pacífica a jurisprudência, no sentido não apenas de que ao optar a Administração pelo critério da prova objetiva para testar o grau de conhecimento dos candidatos/examinandos, não poderá utilizar-se de questões que dêem margem a divergência de entendimento, mas também no sentido de que não poderá a administração utilizar-se de **questões que contenham apenas opções incorretas**. Nesses casos, se nenhuma das opções apresentadas é correta e a questão proposta

exige que o candidato aponte aquela que está correta, evidencia-se uma impossibilidade, o que caracteriza manifesta ilegalidade. A jurisprudência tem prestigiado esse entendimento:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. AGRAVO RETIDO. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. / ANULAÇÃO DE QUESTÕES. ERRO MATERIAL CARACTERIZADO. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DOS ATOS.

1. Sendo as questões de fácil verificação e existindo nos autos pareceres de professores sobre as mais complexas, não se apresenta necessária a produção de prova pericial. 2. Excepcionalmente pode o Juiz anular questões objetivas, através do exame da legalidade do ato, quando comprovado o erro material, vício na formulação das questões, e até mesmo se englobam matérias não constantes do programa de disciplina arroladas no programa do concurso. 3. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a discricionariedade na formulação e correção de questões de prova em concurso público está sujeita a controle judicial destinado a expungir erro da Administração" (AC n. 96.01.46972-9/MG) 4. A questão nº 42, da prova a2, do gabarito 3, do referido concurso público deve ser anulada, para os fins do item 6.3 do edital, em razão de erro material eis que não apresenta nenhuma resposta correta, estando equivocadas todas as alternativas, sem possibilidade de acerto. 5. Agravo retido improvido. 6. Apelação provida em parte, apenas para reconhecer a anulação da questão nº 42, para o efeito do edital." (TRF 1ª Região. AC 1999.01.00.072912-2/DF, Rel. Juiz Joao Batista Moreira , Quinta Turma, DJ 21.01.2002).grifamos

Quando se verifica que **não existem respostas corretas** entre as oferecidas para uma determinada questão, e nem mesmo a famosa "N.R.A" (nenhuma das respostas anteriores) ou outra que indique o fato de estarem todas as respostas erradas, não pode haver outra solução adequada que não a de reconhecer a nulidade da questão;

tal é a solução que se impõe diante da constatação do flagrante erro material que destitui a questão de seu suporte, ensejando sua nulidade.

Vislumbra-se que em todas essas hipóteses (supra-citadas) de erro material o que se estará examinando não será o mérito da Banca Examinadora, mas sim a ilegalidade contida na questão, o que nos leva a concluir que a matéria nestes casos é objetiva: o erro – material – causador de prejuízo, passível de nulidade e invalidação. O Poder Judiciário, quando provocado, pode e deve intervir nesses casos, pois a divergência em comento, obviamente, pode levar à reprovação dos candidatos no certame. Ressalte-se, mais uma vez, que o objetivo desse tipo de tutela jurisdicional não é o de analisar a correção ou não do conteúdo das respostas apresentadas pelos candidatos. Busca-se, isto sim, a declaração de nulidade da questão mal formulada ou mal redigida.

Uma outra situação que vem sendo reconhecida pelos tribunais como clara ilegalidade é aquela em que a banca age arbitrariamente através da **eleição, como correta, de uma alternativa claramente incorreta**, o que, no caso das questões relacionadas à conhecimentos jurídicos, seria exigir uma resposta dissonante do que vem sendo afirmado à luz da doutrina e jurisprudência dominantes¹⁸.

A despeito da (já ultrapassada) jurisprudência restritiva, hoje se pode afirmar, tranqüilamente, que o Poder Judiciário pode aferir, por exemplo, se uma determinada nota atribuída aos candidatos foi correta, levando-se em conta a doutrina e jurisprudência a respeito do tema¹⁹. Vejamos a seguinte decisão, bastante esclarecedora, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, relatada pelo ilustre Desembargador Federal **João Batista Moreira**:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO DE CANDIDATO. PRETENSÃO DE REVISÃO DO RESULTADO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

¹⁸ É certo que Ciência Jurídica evolui no interim das controvérsias, mas também é certo que ela possui técnicas unanimemente reconhecidas como válidas, assim como inúmeras divergências já solucionadas, estando muitas de suas questões básicas já bem resolvidas na doutrina e jurisprudência. Contudo ainda percebe-se no âmbito dos concursos e testes seletivos na área jurídica inúmeras distorções com afronta à normas técnicas do conhecimento jurídico, o que frequentemente ocorre pela razão de não terem os examinadores o suficiente conhecimento acerca da matéria questionada. Esta é a principal razão pela qual se entende recomendável que bons examinadores, técnicos e especialistas em cada matéria, sejam escolhidos para composição das Bancas.

¹⁹ No contexto das provas de conhecimento jurídico, por exemplo, nada obsta ao Judiciário declarar a nulidade da questão, integralmente ou em parte, incompatível com a inteligência das normas e da doutrina regulamentadora da matéria jurídica sob enfoque, sob o prisma de que a valoração subjetiva deve vincular-se ao princípio da razoabilidade, de maneira que a motivação da apreciação subjetiva da Administração Pública deve ser factível, razoável e verdadeira.

JURÍDICA. INEXISTÊNCIA./ A argumentação de que ao Poder Judiciário não é permitido avaliar o conteúdo de resposta de questão em concurso público tem a mesma natureza daquela segundo a qual o juiz não pode ingressar no campo próprio da discricionariedade (discricionariedade técnica) do administrador./ A reprovação de candidato em concurso público subsume-se no conceito de ato administrativo./ O conteúdo do ato administrativo, ainda que o ato classificado como discricionário, está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério de razoabilidade./ O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa; no caso de um concurso, se a banca examinadora elegeu como padrão a melhor resposta para a questão, mas cabe-lhe ponderar (quando for o caso, mediante instrução probatória) se o ato conteve-se dentro de limites aceitáveis. Na dúvida sobre se o ato está ou não dentro do razoável, deve optar por sua confirmação, preservando a solução dada pela banca examinadora.

A barreira que tem sido oposta ao controle judicial do ato de formulação e correção de provas, sob o rótulo de preservação da discricionariedade da Administração, atende, na realidade, ao objetivo prático de evitar a inundação do Poder Judiciário com litígios dessa natureza, de difícil exame, pela quantidade e porque dependentes da apreciação de matérias altamente especializadas. A verdadeira razão é uma suposta impossibilidade material, não impossibilidade jurídica.

Caberá ao ora apelante o ônus de demonstrar, mediante perícia ou outro meio apropriado, que a opção eleita pela banca examinadora está fora dos limites da razoabilidade, resultando a dúvida em seu prejuízo. A dificuldade que terá nessa empreitada não pode ser considerada, a priori, impossibilidade jurídica do pedido. Reforma de sentença em que foi indeferida a petição inicial. Apelação provida. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região AC 2001.36.00.010081-9/MT, relator para acórdão Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 20/03/2006)

De fato, vêm surgindo decisões, cada vez mais frequentes em nossos tribunais, no sentido de que constitui ilegalidade atribuir resultado errado a questão em concurso

público²⁰. Este tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar nos acórdão a seguir:

“PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES. PRETERIÇÃO DE VAGA. Em tema de concurso público, é vedado ao Poder Judiciário reapreciar as notas de prova atribuídas pela Banca Examinadora, exceto nas hipóteses em que haja erro material em questão objetiva, que acarrete nulidade da mesma ou, ainda, quando, por afronta às normas pré-fixadas no edital e na lei, os quesitos sejam formulados de forma inadequada ou ofereçam alternativas de resposta – bem assim a opção eleita correta – discrepantes dos parâmetros já sedimentados. Precedentes desta Corte. (...) (STJ – ROMS 14202/RS, Rel. PAULO MEDINA, DJU 26/04/2004, p. 220). Grifos nossos.

Posicionamento este que vem sendo reproduzido em outras instâncias:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. EXAME DE ORDEM. ANULAÇÃO DE QUESTÕES CONSTANTES DAS PROVAS DO CERTAME PELO PODER JUDICIÁRIO. ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO.

1. A eg. 8ª Turma deste Tribunal tem o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário, em relação ao Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, salvo eventual ilegalidade no procedimento administrativo na realização do referido exame, apreciar os critérios adotados para a elaboração e correção de questões constantes das provas do certame, eis que inseridos dentro do campo de atuação exclusiva da banca examinadora.

2. Verifica-se que o item 3.4.1 do Edital de abertura das inscrições para o Exame de Ordem da OAB/MA dispõe que “As

²⁰ “EMENTA: Mandado de segurança - Concurso público - Incorreção de gabarito - Interposição do “writ” contra ato do presidente da comissão de concurso e não contra ato jurisdicional - Inexistência de competência originária. Desnecessidade de envio do processo à primeira instância, contudo – Remédio constitucional que proíbe a dilação probatória e, por isso, permite o pronto julgamento. Correto o resultado dado como certo no concurso - Não aplicação de crase antes da palavra chuva utilizada em sentido genérico. Possibilidade do Judiciário em analisar esta questão por se tratar de controle de legalidade. Mandado de segurança denegado.” Grifamos (TJSP - MS n.º 124.678-5/6 - Comarca de São Paulo)1.” Câmara de Direito Público - Relator: José Raul Gavião de Almeida)

questões da prova objetiva serão do tipo múltipla escolha, com quatro opções (A, B, C ou D) e uma única resposta, de acordo com o comando da questão. Haverá na folha de respostas, para cada questão, quatro campos de marcação correspondente".

3. Da análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se razoável a anulação da questão n. 21 do caderno de questões da prova objetiva, uma vez que a opção apontada como correta pela banca examinadora refere-se à ação de mandado de segurança (alternativa C), em desacordo com o comando da questão que versava sobre ação popular.

4. Manifesta a ilegalidade no procedimento administrativo perpetrado pela banca examinadora em face da violação da regra contida no item 3.4.1 do edital do certame, uma vez que entendeu como correta alternativa em desacordo com o comando da questão. 5. *Apelação e remessa oficial improvidas.* (AMS 2007.37.00.000194-0/MA, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Oitava Turma, e-DJF1 p.633 de 14/03/2008).grifamos.

Em se tratando de prova objetiva, se a alternativa apontada pela Banca Examinadora não estiver correta, havendo na questão outra alternativa que se revele inteiramente adequada não restará outra solução adequada senão a de reconhecer como correta aquela alternativa que verdadeiramente o for, isto pois a legalidade do próprio Edital determina que só devam ser assinaladas respostas corretas, não incorretas. De outro modo haveria uma frontal violação do princípio da eficiência administrativa, já que seriam beneficiados todos os que tivessem marcado a alternativa (em verdade) incorreta, em detrimento de outros, que seriam aqueles, justamente, que tivessem demonstrado mais conhecimento e preparo técnico, marcando a opção que estava a merecer o respaldo da correção científica.

Num caso como este, estaríamos diante de mera retificação do gabarito, sendo certo que a própria administração pode rever seus atos, de ofício e unilateralmente, em circunstâncias como esta (STF SUM. 346 e 473). Ora, diante da manutenção da opção incorreta estaria se incorrendo em evidente arbitrariedade, ainda que por equívoco, a solapar a isonomia dos candidatos e a legalidade do concurso, e a legitimar a revisão judicial dessa questão.

A caracterização/comprovação do erro material

Com relação ao erro material ainda é importante destacar-se a relevância que o Superior Tribunal de Justiça vem atribuindo à evidência de qual deve estar revestido o erro para que seja possível a sua caracterização; Deste modo existe a condição de o erro ou vício ser evidente de plano²¹, ou, de já ter sido reconhecido pela própria Banca Examinadora²², para que possa ensejar a anulação da questão de prova viciada e, pois, levar ao reconhecimento do direito à pontuação do candidato/examinando recorrente.

Vejamos a jurisprudência do STJ neste sentido:

*RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÃO OBJETIVA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO OU RECONHECIMENTO DA BANCA EXAMINADORA. RECURSO DESPROVIDO. Inexistindo **erro material primo ictu oculi ou reconhecimento do vício por parte da banca examinadora**, é inviável a anulação judicial de questão objetiva de concurso público. Precedentes. Recurso ordinário desprovido. (RMS 20610/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 12/06/2006 p. 504) ²³*

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO DE PROVA OBJETIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
*1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, na hipótese de **erro material, considerado aquele perceptível primo ictu oculi, de plano, sem maiores indagações**, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público. Precedentes./ 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 722586/MG, Rel. Ministro ARNALDO*

²¹ STJ RMS nº 722586-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 23.08.2005

²² STJ (RMS nº 12.097, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 17.02.2004

²³ No mesmo sentido: "ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. POSSIBILIDADE. LIMITE. VÍCIO EVIDENTE. PRECEDENTES. PREVISÃO DA MATÉRIA NO EDITAL DO CERTAME.1. É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, **quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo ictu oculi**. Precedentes.2. Existência de litisconsórcio passivo necessário dos candidatos classificados em ordem antecedente à do recorrente, pela possibilidade de alteração na ordem de classificação.3. Recurso ordinário provido (RMS 24080/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29.6.2007)." grifamos

ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 03/10/2005 p. 325)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. MÚLTIPLA ESCOLHA. QUESTÃO VICIADA. VÍCIO RECONHECIDO PELA BANCA EXAMINADORA. CONSEQUÊNCIA. NULIDADE DA QUESTÃO. RECURSO PROVIDO.

1. É desnecessário adentrar no mérito de questão de prova, quando se analisa fatos incontroversos e reconhecidos pela banca examinadora de concurso público. O judiciário deve limitar-se em apreciar o respeito às normas legais e editais. 2. Quando a banca examinadora de concurso reconhece defeito em questão, só lhe é lícito deixar de anulá-la se adotar critério pré – determinado de convalidação. 3. A adoção de critérios não previstos pelo Edital para convalidar questão viciada fere o princípio do julgamento objetivo, que informa os certames públicos. 4. Não há litisconsórcio necessário quando a esfera jurídica de terceiros permanece intacta e, no caso, quando a concessão da ordem gera apenas expectativa de direito à nomeação. 5. Recurso ordinário provido. (RMS 12097/MG, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 15/03/2004 p. 299) .Grifamos.

Contudo, é razoável afirmar que o Judiciário não deve fechar as suas portas àqueles casos em que se faça necessária maior dilação probatória, sendo que, nesses casos, obviamente não será cabível a revisão judicial em sede de mandado de segurança.²⁴

²⁴ ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. ALEGAÇÃO DE QUE INEXISTE QUALQUER ALTERNATIVA CORRETA. PRETENSÃO DE ANULAR QUESTÃO. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DEPENDENTEMENTE, TODAVIA, DA PRODUÇÃO DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. 1. A argumentação de que ao Poder Judiciário não é permitido avaliar o conteúdo de questões de concurso público, substituindo a respectiva comissão, tem a mesma natureza daquela segundo a qual o juiz não pode ingressar no campo próprio da discricionariedade do administrador, sob pena de ferir a regra de independência dos poderes do Estado./ 2. De fato, na concepção tradicional, o ato administrativo (a aprovação ou reprovação de candidato em concurso público subsume-se no conceito de ato administrativo) é visto sob dois aspectos - o mérito e a legalidade - para efeito de só permitir o controle judicial sobre a legalidade. Mas mesmo na teoria tradicional é aceito o controle da existência e adequação dos motivos, em relação ao objeto (conteúdo) do ato, matéria que, para esse fim, é transportada para o campo da legalidade./ 3. O mérito do ato administrativo está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério de razoabilidade. O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação./ 4. O conceito de razoabilidade, pela valoração que envolve, não evita uma zona de penumbra, fenômeno que, ultrapassado o racionalismo, tornou-se típico das instituições jurídicas. Na dúvida sobre se um ato comporta-se ou não dentro de fronteiras razoáveis, deve o juiz optar pela sua confirmação./ 5. No caso, todavia, o controle não se pode fazer por via do mandado de segurança. A própria impetrante, ao

Uma questão polêmica: a revisão dos critérios de correção em provas subjetivas

Muitos protestos têm sido apresentados por candidatos que se julgam prejudicados pela avaliação, subjetiva, das **provas discursivas**. É certo que, se o candidato não se conforma com o resultado, deve ser-lhe assegurado o direito a recurso administrativo²⁵, dirigido à autoridade mencionada no edital ou na lei ou ato de organização da entidade pública. Mesmo assim, sempre restará grande parcela de subjetivismo para a banca examinadora²⁶.

Nas chamadas provas discursivas (ou dissertativas) ocorre que o examinando, diferentemente do que ocorre nas provas objetivas, tem maior liberdade e espaço para o desenvolvimento e fundamentação crítica das suas respostas, de modo que à ele se abre um amplo horizonte de possibilidades argumentativas.

Por outro lado, e como consequência direta da adoção dessa modalidade de prova, abre-se também ao administrador, em contrapartida, um maior campo de discricionariedade técnica na correção das provas. Nas provas discursivas, a avaliação das respostas levada a efeito pelos examinadores pode levar em consideração diversos aspectos e critérios além do fator estritamente ligado ao conhecimento. Na grande maioria das vezes os examinadores avaliarão, além da adequação ao gabarito oficial, o raciocínio jurídico, a fundamentação e sua consistência, a capacidade de interpretação e exposição, a correção gramatical e a técnica profissional demonstrada. Nesses casos, não

juntar pareceres técnicos com a finalidade de demonstrar que a questão não teria resposta certa, reconhece a necessidade da produção de prova./ 6. Improriedade, portanto, da ação de mandado de segurança. Inicial indeferida de ofício, com extinção do processo, ficando prejudicada a apelação.(TRF1 - AMS 35228 DF 2002.34.00.035228-5. Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA . Julgamento: 05/11/2004. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Publicação: 25/11/2004 DJ p.37)

²⁵ O Direito Pretoriano corrobora com o aduzido:

CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PUBLICO REVISAO DE PROVA INDEFERIMENTO DE EXAME PERICIAL AGRADO PROVIDO PROCESSUAL CIVIL. AGRADO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE, EXAME PERICIAL OBJETIVANDO APURAÇÃO DE QUESTÕES EM CONCURSO PÚBLICO APONTADAS COMO MAL FORMULADAS E CONFUSAS. AMPLITUDE DO DIREITO DE O CANDIDATO REPROVADO, ATRAVÉS DE PERÍCIA ESPECIALIZADA COMPROVAR TAIS CIRCUNSTÂNCIAS. PROVIMENTO DO RECURSO. I - Em nosso Estado, nos termos do art. 1º da Lei nº 1.829 de 4 de julho de 1991, os concursos para provimento de cargos estaduais de qualquer natureza, que submetam os candidatos a provas escritas, ficam obrigados a permitir a revisão de prova, dispondo a lei no seu art. 4º, que a inobservância das referidas disposições legais, impõe a nulidade do concurso, ficando seus organizadores obrigados a realizá-lo novamente, nas mesmas bases e com questões diferentes, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias da anulação, impedida a cobrança das taxas de inscrição e de revisão para os candidatos que a ele se tenham habilitado. II - Portanto, não obtida a obrigatória revisão pelas vias administrativas onde apontou que as questões foram confusas e mal formuladas, tem o Agravante o direito de provar o alegado pelas vias judiciais, por força do princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional, possibilitando-se-lhe a ampla dilação probatória; III - Provimento do recurso. (2003.002.06946 - AGRADO DE INSTRUMENTO DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 08/10/2006 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL) (Grifamos)

²⁶ Por essa razão, deve a Administração ter o redobrado cuidado de selecionar, para seus concursos, examinadores dotados de muito equilíbrio e imparcialidade, de modo a reduzir os riscos de resultados injustos provocados pela atuação dos examinadores.

há como evitar que as bancas examinadoras sejam dotadas de certo (e amplo) poder discricionário para avaliar as respostas e chegar à sua graduação.

Vasta é a jurisprudência no sentido de que esses critérios subjetivos não podem ser reavaliados no Judiciário, pois que, além de serem privativos da Administração, sua reapreciação implicaria ofensa ao princípio da separação dos poderes. Pois bem, esta é, realmente, a regra geral, segundo a qual a conduta vedada ao Poder Judiciário em tema de apreciação da legalidade dos concursos é a de se substituir ao administrador público em três sentidos: quanto aos critérios da formulação dos quesitos; quanto aos critérios de correção de prova e, por desdobramento, quanto à atribuição da nota em si. Vejamos o entendimento tradicionalmente registrado nas Cortes *superiores* brasileiras:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DO CERTAME. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO STF. 1. Não cabe ao poder judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 560551 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-08 PP-01623)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO: PROVAS: REVISÃO. - Não cabe ao Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, valorar 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. (RE nº 140242-DF, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 21/11/04)"

"PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES. PRETERIÇÃO DE VAGA.- Em tema de concurso público, é vedado ao Poder Judiciário reapreciar as notas de

provas atribuídas pela Banca Examinadora, exceto nas hipóteses em que haja erro material em questão objetiva, que acarrete nulidade da mesma ou, ainda, quando, por afronta às normas pré-fixadas no edital e na lei, os quesitos sejam formulados de forma inadequada ou ofereçam alternativas de resposta - bem assim a opção eleita correta - discrepantes dos parâmetros já sedimentados. Precedentes desta Corte. - Se a banca examinadora indeferiu o recurso da impetrante da prova de sentença em decisão fundamentada, não cabe a este tribunal fazer análise dos critérios adotados, haja vista que à administração cabe a adoção dos critérios de exame das provas em concurso público. - Recurso ordinário a que se nega provimento." (RMS 14.202/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 26/4/2004).

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DISCUSSÃO SOBRE QUESTÃO. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO.- O Judiciário não deve se substituir à banca examinadora. O exame e discussão das questões, suas respostas e formulações, é de responsabilidade da banca. Ao Judiciário cabe apenas analisar se houve ilegalidade no procedimento administrativo. ((RMS 7035-DF, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 24/2/06)"

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AUDITOR EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. FALTA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO E ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. - 1. O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada em prova pré-constituída. / 2. De acordo com a pacífica compreensão desta Corte, é vedado ao Poder Judiciário a reapreciação dos critérios usados pela Administração na formulação, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se à análise da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento

(APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005.50.01.011628-4, (RMS n. 18314/RS STJ TURMA: 06, DJ: 19/6/2007, REL: MIN. PAULO GALLOTTI).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DISCUSSÃO SOBRE QUESTÕES. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *Em concurso público, compete ao Poder Judiciário tão-somente a verificação de questões pertinentes à legalidade do Edital e ao cumprimento das suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação das questões das provas (Precedentes). Recurso desprovido. (STJ-RECURSO ORDINÁRIO EM MS 17.902 - MG (2004/0022971-6))*

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL DO TRABALHO. IMPUGNAÇÃO DE QUESTÕES. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE A SER AFASTADA PELO JUDICIÁRIO- A avaliação ou correção de provas, bem como a atribuição de notas, é incumbência exclusiva da Banca Examinadora, para esse fim constituída. A jurisprudência tem entendido que somente cabe a intervenção do Judiciário nos casos em que flagrante ilegalidade decorre da utilização de critérios de absurda incompatibilidade lógica.” (STJ. AC 116.370/CE, Rel. Juiz CASTRO MEIRA, j. 1/10/98, p. DJU 23.10.98, p. 654)

No entanto, esta irrevisibilidade não é, de modo algum, absoluta. O entendimento mais atualizado é o de que o Judiciário não pode fechar os olhos para as situações facilmente identificáveis de manifesto equívoco da comissão de seleção/exame uma vez que, mesmo que se trate do mérito administrativo, eventual avaliação do conteúdo das questões é possível em situações excepcionais²⁷.

²⁷ Neste sentido, a decisão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.: *PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. CRITÉRIOS DE ELABORAÇÃO CORREÇÃO DAS PROVAS DO EXAME DE ORDEM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO. ART. 5º, XXXV, DA CF/1988. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO./1. A vedação quanto à impossibilidade de análise dos critérios de correção de provas pelo Poder Judiciário deve ser relativizada, a fim de proporcionar ao jurisdicionado maior amplitude de proteção do seu direito./2. Para os casos em que os critérios adotados na elaboração e correção de provas de concursos estejam em clara inobservância ao princípio da razoabilidade, da fundamentação, da motivação, com base no preceito constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), pode e deve o Poder Judiciário, com os temperamentos necessários, avaliar tais aspectos./ 3. O mérito do ato administrativo está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério da razoabilidade. O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação. (AMS 2002.34.00.035228-5/DF, relator Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 25/11/2004)./4. Comprovado, no caso, que houve falha no procedimento adotado para correção da peça processual aplicada na prova prático-profissional realizada pelo impetrante, ante a inobservância aos princípios*

É certo que os entendimentos da banca examinadora não podem ser flexíveis às particularidades dos candidatos, devendo ater-se às regras do edital. É igualmente correto o entendimento, já bem sedimentado de que, em regra, não é competência do Judiciário apreciar o critério de correção de questões de concursos públicos e testes seletivos; No entanto, não se pode negar, também, que podem ocorrer situações peculiares onde são detectáveis, claramente, manifestos erros na correção de prova discursiva, erros esses passíveis de comprometer a aprovação dos candidatos/examinandos, o que mostra não se cuidar, nesses casos, de o Judiciário imiscuir-se indevidamente no âmbito de discricionariedade da banca examinadora, mas, sim, de proteger a esfera jurídica dos candidatos/examinandos.

Então, apesar do tradicional posicionamento restritivo da jurisprudência, quanto à impossibilidade de análise dos critérios de correção de provas, principalmente as discursivas, pelo Poder Judiciário, alguns julgados vem contemporizando tal entendimento, a fim de proporcionar ao jurisdicionado maior amplitude de proteção do seu direito, senão vejamos:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. VEDAÇÃO EDITALÍCIA DE REVISÃO OU ARREDONDAMENTO DE NOTA. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE PROVA A OUTROS DOIS CANDIDATOS. INDEFERIMENTO DE ARREDONDAMENTO DE NOTA FINAL DA IMPETRANTE. TRATAMENTO DESIGUAL. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.- 1. A Recorrente teve seu pedido de arredondamento da nota final (5,46 para 6,00) indeferido, por haver vedação expressa no Edital; dois outros candidatos, no mesmo certame, lograram obter nova pontuação por meio de revisão da correção de suas provas, hipótese igualmente vedada pelo Edital, o que lhes permitiram prosseguir no concurso. Evidência de tratamento desigual entre os candidatos, malferindo o princípio da isonomia. 2. Ressalte-se que, via de regra, não cabe ao Poder Judiciário a intervenção nos critérios de avaliação dos candidatos aos concursos públicos. Contudo, em casos como o dos presentes autos, não se pode fechar as portas da Justiça, permitindo flagrante discriminação entre os candidatos. Se,

da razoabilidade, da motivação e da fundamentação, impõe-se a anulação da correção, para que nova apreciação seja realizada./5. Apelação a que se dá parcial provimento. (TRF.1- Processo: AMS 2005.34.00.020803-0/DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO Órgão Julgador: OITAVA TURMA Publicação: 23/11/2007 DJ p.239 Data da Decisão: 13/11/2007) grifamos

contrariando o Edital do concurso, admitiu o Tribunal a quo rever a avaliação de dois candidatos para conceder-lhes acréscimos em suas notas (para um, de 4,7 para 5,0; e, para outro, de 5,0 para 6,0), não vejo razão para negar a ora Recorrente o arredondamento de sua nota final de 5,46 para 6,00. 3. Recurso ordinário provido (STJ - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 15836 ES 2003/0005203-1 Relator(a): Ministra LAURITA VAZ . Julgamento: 09/02/2004. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA . Publicação: DJ 12.04.2004 p. 221 . RSTJ vol. 186 p. 547)

O que vimos corrobora a assertiva de que a postura antes indiscriminadamente adotada pela doutrina e jurisprudência no sentido de que ao Judiciário é vedado, em qualquer hipótese, intervir em critérios de avaliação e alterar notas obtidas em provas e concursos públicos acaba por caracterizar uma situação que pode deflagrar arbitrariedades e injustiças desarrazoadas e desproporcionais, cujo exame não pode ser afastado do Judiciário, nos termos normalmente pretendidos pela Administração Pública, até mesmo por força do disposto no art. 5º, XXXV, da CF.

Vejamos, no mesmo sentido, a decisão do Tribunal Regional Federal da primeira região:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. EXAME DE ORDEM. CRITÉRIOS DE ELABORAÇÃO E CORREÇÃO DAS PROVAS DO CERTAME. AUSENTES MOTIVAÇÃO E REQUISITOS DO PROVIMENTO N. 81/96 DA OAB NA ANÁLISE DO RECURSO ADMINISTRATIVO PELA BANCA EXAMINADORA. POSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. "Para os casos em que os critérios adotados na elaboração e correção de provas de concursos estejam em clara inobservância ao princípio da razoabilidade, da fundamentação, da motivação, com base no preceito constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), pode e deve o Poder Judiciário, com os temperamentos necessários, avaliar tais aspectos" (AMS 2005.34.00.020803-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, DJ de 23/11/2007, p. 239). 2. O Provimento n. 81/96 da OAB, prevê que "Na Prova Prático-Profissional, os examinadores avaliarão o raciocínio jurídico, a fundamentação e sua consistência, a capacidade de interpretação e exposição, a correção gramatical e

a técnica profissional demonstrada, considerando-se aprovado o examinando que obtiver nota igual ou superior a seis". 3. A banca examinadora deliberou por não conhecer do recurso administrativo interposto pela impetrante em face da correção da prova prático-profissional, devido à falta de interesse processual, ao argumento de que a requerente não abordou o conteúdo das questões impugnadas e nem apontou eventual erro na contagem de pontos. 4. Pela análise do recurso administrativo, a impetrante abordou sobre os métodos de correção da prova prático-profissional e a falta de motivação na decisão da banca examinadora que a reprovou no certame, bem como discorreu detalhadamente sobre a correção das questões impugnadas. 5. Verifica-se que a decisão da banca examinadora não observou a motivação e os requisitos previstos no Provimento n. 81/96 da OAB, ao simplesmente não conhecer do recurso administrativo ante a falta de interesse processual, por não ter a candidata argüido o conteúdo das questões. Observa-se, pela simples leitura da peça recursal administrativa, que houve impugnação objetiva e fundamentada sobre a correção da prova prático-profissional da candidata realizada pelos examinadores. 6. Remessa oficial improvida.(REOMS 2006.33.00.005847-0, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Oitava Turma,e-DJF1 p.601 de 14/03/2008))

Vemos, assim, que não raras vezes os magistrados se deparam com casos, levados à apreciação do Poder Judiciário, em que os critérios adotados na elaboração e correção de provas de concursos, embora não fujam às raias da legalidade do edital, apresentam-se em clara inobservância ao princípio da razoabilidade, da fundamentação, da motivação, da isonomia, e, via de consequência, revestindo-se de arbitrariedade, em evidente afronta à legalidade lato sensu do procedimento administrativo.²⁸

Para tais casos, com base no preceito constitucional (art. 5º, XXXV), de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, vem sendo entendido que este pode (e deve), com os temperamentos necessários, avaliar os critérios adotados na elaboração e correção de provas aplicadas em certames, mesmo no caso de provas discursivas.

²⁸ Isto sem falar nos casos já explicitados anteriormente nos quais a ilegalidade torna-se evidente pela violação ao princípio da vinculação ao edital ou até mesmo em razão de erros materiais e outros vícios na formulação das questões, o que se estende, sem sombra de dúvida, também ao âmbito das provas discursivas.

Vejamos mais algumas decisões nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. CRITÉRIOS DE ELABORAÇÃO CORREÇÃO DAS PROVAS DO EXAME DE ORDEM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO. ART. 5º, XXXV, DA CF/1988. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO./

1. A vedação quanto à impossibilidade de análise dos critérios de correção de provas pelo Poder Judiciário deve ser relativizada, a fim de proporcionar ao jurisdicionado maior amplitude de proteção do seu direito./ 2. Para os casos em que os critérios adotados na elaboração e correção de provas de concursos estejam em clara inobservância ao princípio da razoabilidade, da fundamentação, da motivação, com base no preceito constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), pode e deve o Poder Judiciário, com os temperamentos necessários, avaliar tais aspectos. / 3. O mérito do ato administrativo está, sim, sujeito a controle judicial, sob o critério da razoabilidade. O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação. (TRF1. AMS 2002.34.00.035228-5/DF, relator Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ de 25/11/2004).

Insta salientar que, nestes casos, não se trata de o Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora na correção da prova, mas sim de apenas anular a correção viciada para que outra, dentro dos padrões adequados de legalidade, possa ser realizada pela administração;; O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação.²⁹

²⁹Algumas decisões, no entanto, dão-se no sentido de, nesta perspectiva, uma vez constatado o efetivo equívoco na correção da prova (por intermédio de legítima prova pericial) reconhecer como correta a nota indicada pelo perito judicial, de forma a corrigir todos os erros cometidos pela banca, quando da correção da prova, inclusive aqueles por ela não identificados. Neste sentido: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DISCURSIVA. ERROS NA CORREÇÃO CONSTATADOS POR PROVA PERICIAL. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DE EVENTUAL APROVAÇÃO.1. Constatada, por intermédio de prova pericial, a existência de erros na correção da prova discursiva de candidata participante de concurso para provimento de cargo público, bem assim a constatação de tratamento anti-isonômico entre os concorrentes, ainda que faltem indícios da alegada perseguição, não é dado ao juiz desconsiderar o laudo

Cumpra ressaltar, mais uma vez, que, à luz da jurisprudência colhida nos tribunais superiores, a possibilidade de anulação da correção viciada não deve ser confundida com a possibilidade de o judiciário substituir a banca na correção e atribuir uma pontuação requerida pelo pleiteante. Vejamos:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - AFERIÇÃO. O concurso público realizado pelo Executivo desenvolve-se, exclusivamente, naquele Poder. O Judiciário pode examinar o respeito aos princípios constitucionais, legais e administrativos regentes da matéria. Em consequência declarar eventual nulidade. Inadmissível, contudo, substituir-se à banca examinadora, concedendo os pontos necessários para o candidato ser aprovado. Mandado de Segurança (ação constitucionalizada) não é recurso administrativo. O Judiciário, ademais, não é órgão recursal do Executivo. (RESP 68428-RS, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 17/02/07)" (grifos nossos)

Provas discursivas não corrigidas em razão de limites pré-estabelecidos.

É sabido que a Administração Pública deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, que a investidura em cargo ou emprego depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (Art. 37, II, Constituição Federal de 1.988).

De outro modo, não se pode negar que, como visto, "o Edital é a lei do concurso", devendo submeter as suas regras ao mandamento constitucional. Assim, o Edital pode, tranqüilamente, estabelecer que somente serão corrigidas as provas discursivas dos candidatos que obtiverem classificação até o limite de, por exemplo, três vezes o número de vagas oferecido por cargo, obedecendo-se à classificação em ordem decrescente do

pericial, sem que haja elementos probatórios que, objetivamente, demonstrem o contrário.2. A existência de manifestos erros na correção da prova discursiva da candidata demonstra não se cuidar, no caso, de o Judiciário imiscuir-se, indevidamente, no âmbito da discricionariedade da banca examinadora, mas, sim, de proteger a esfera jurídica da candidata, uma vez que cabe ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos administrativos, com apoio no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.3. Como consequência do pronunciamento judicial, incumbe à comissão do concurso aferir se o somatório das demais notas finais alcançadas pela candidata nas provas objetivas e prática, acrescidas da nota indicada como a correta, pelo perito, na prova discursiva, é suficiente para que a candidata seja considerada aprovada e classificada no certame.4. Verificada essa aprovação, os seus efeitos retroagem, de modo a assegurar à candidata todas as consequências patrimoniais da nomeação, como se esta tivesse ocorrido na estrita ordem da classificação por ela alcançada, deduzidos, entretanto, os valores que desde então houver recebido dos cofres público, pelo exercício de outro cargo público.5. Apelação parcialmente provida. (TRF1. AC 1998.34.00.001170-0/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Rel.Acor. Desembargador Federal Antônio Ezequiel Da Silva, Quinta Turma, DJ p.42 de 25/11/2003)

total de pontos obtidos pelos candidatos habilitados, ou de adotar o critério de convocar um número x de candidatos melhores classificados para segunda fase, é absolutamente razoável. Daí que, mesmo obtida a pontuação mínima, se o candidato não se classificou dentro do total de vagas, não pode prosseguir nas outras fases do concurso, sob pena de ferir a isonomia, uma vez que todos os aspirantes submeteram-se às mesmas regras. Não cabe ao Poder Judiciário, que não é árbitro da conveniência e oportunidade administrativas, ampliar, sob o fundamento da isonomia o número de convocações.

Ao contrário de ser ilegal, a limitação de convocação de candidatos para as etapas seguintes do concurso pode ter o objetivo salutar de evitar que sejam efetuados gastos excessivos, da parte da Administração, em razão da manutenção no certame de um número de candidatos em muito superior àquele que, ao final, será convocado para o serviço público.

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em decisão recente³⁰ se manifestou neste sentido, por meio do voto do Ministro Sepúlveda Pertence. No caso, candidato reprovado em concurso público para o preenchimento de vagas no cargo de Fiscal do Quadro Permanente da Secretaria Municipal de Fazenda do Município do Rio de Janeiro, pleiteou na Justiça anulação de dispositivo do edital do concurso.

Segundo o edital, somente seriam corrigidas as provas discursivas de candidatos cuja classificação fosse até o limite de duas vezes o número de vagas oferecidas, sendo, neste caso, o número de 50 vagas, ao passo que os demais candidatos que não obtivessem esta classificação seriam, automaticamente, reprovados e eliminados do concurso, não fazendo jus a seguir nas avaliações subseqüentes.

Sendo assim, um candidato que obtivera a 1.039^a classificação propôs ação ordinária buscando anulação do dispositivo de edital e de algumas questões, bem como correção da prova discursiva, tendo sido julgado improcedente o pedido no juízo de 1º Grau. Inconformado, apelou da decisão, e o Tribunal entendeu não ser ilegal dispositivo de edital que estabeleça condições para correção da prova, além do fato de ser vedado

³⁰ EMENTA: I. Concurso público: limitação do número de candidatos habilitados à segunda fase. 1. O art. 37, II, da Constituição, ao dispor que a investidura em cargo público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, não impede a Administração de estabelecer, como condição para a realização das etapas sucessivas de um concurso, que o candidato, além de alcançar determinada pontuação mínima na fase precedente, esteja, como ocorreu na espécie, entre os 100 melhor classificados na primeira fase. 2. Ausência, ademais, de ofensa ao princípio da isonomia: não são idênticas as situações dos candidatos que se habilitaram nas primeiras colocações e os que se habilitaram nas últimas. II. Concurso público: recurso extraordinário: inviabilidade. Já decidiu o Supremo Tribunal que não compete ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, examinar o conteúdo de questões de concurso público para aferir a avaliação ou correção dos gabaritos. Precedentes. (AI 608639 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 02/03/2007, DJ 13-04-2007 PP-00096 EMENT VOL-02271-27 PP-05617 RTJ VOL-00201-02 PP-00818 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 157-159 RNDJ v. 8, n. 90, 2007, p. 70-72)

ao Judiciário exame da matéria relativa ao mérito administrativo, negando, dessa forma, provimento à Apelação em decisão assim ementada:

CONCURSO PÚBLICO - Preenchimento de cargo de Fiscal de Rendas do Quadro Permanente da Secretaria Municipal de Fazenda do Município do Rio de Janeiro - Edital que prevê que somente seriam corrigidas as provas discursivas dos candidatos que obtivessem classificação até o limite de duas vezes o número de vagas oferecido - no caso, 50 - considerando-se reprovados os demais - Ação ordinária proposta por candidato que obteve a 1.039ª. classificação objetivando a anulação do dispositivo do edital, a correção da prova discursiva e a anulação de algumas questões - Improcedência dos pedidos. Apelação. Não é ilegal o dispositivo do edital, ao qual se submetem os candidatos ao se inscreverem, que estabelece condições para correção de prova. É vedado ao Judiciário o exame de matéria que pertine ao mérito administrativo. Improvimento. (AC 2004.001.18037 , REL. DES. CARLOS FERRARI - Julgamento: 15/03/2005 - QUINTA CAMARA CIVEL-TJRJ)

Na seqüência, o candidato interpôs Recurso Extraordinário, alegando violação do art. 5º, caput, XXXV; e 37, II, da Constituição Federal, recurso aquele o qual acabou não sendo admitido pela Corte Suprema, o que levou o candidato a interpor agravo de instrumento contra tal decisão. O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu relatório cujo voto negara provimento ao agravo, ponderou as questões suscitadas, entendendo que o cerne da controvérsia estaria na 'limitação do número de candidatos habilitados à segunda fase do concurso'. Não obstante, considerou que os dispositivos alegados como ilegais estavam devidamente expressos no edital, e que o candidato teria tomado conhecimento do inteiro teor deste antes mesmo da inscrição no concurso. Diante disso, não vislumbrou o Ministro Relator que a conduta da Administração Pública, ao agir em consonância com o edital e chamar apenas 100 candidatos para a segunda fase da prova (já que o número de vagas era 50) fugisse aos critérios da razoabilidade. Dentro deste parâmetro, pareceu certo que dois eram os requisitos para o candidato seguir nas etapas seguintes do concurso: obter pontuação mínima e se classificar dentro do total de vagas, sendo ambos razoáveis, vez que todos os candidatos se submeteram a eles, e abrir exceções a quaisquer candidatos seria um afronto ao princípio da isonomia.

É sabido que nenhuma lesão de direito pode ser excluída do exame pelo Judiciário, mas, por outro lado, não se pode substituir a valoração dos critérios adotados pela banca examinadora, respeitada a independência da Administração Pública na realização da aludida cláusula editalícia.

Prova oral

No tocante à formulação das questões de provas orais, há sempre uma larga margem de discricionariedade do aplicador/arguente na colocação das questões (ou dos temas) dadas para a dissertação oral do candidato/examinando, além do que a avaliação fica a critério (subjetivo) dos examinadores, diferentemente do que ocorre nas chamadas provas objetivas. Diferentemente do que ocorre com as provas escritas, não são previstos recursos em relação à prova oral³¹. Diferencia-se, ainda a prova oral das provas escritas, no tocante ao aspecto da identificação de ambas as partes (arguente³² e arguido).

A avaliação neste tipo de prova é subjetiva, sendo que valoração do desempenho obtido pelo candidato na prova oral é ato discricionário da Banca Examinadora do concurso, que foi devidamente constituída e habilitada para tal fim³³. Assim, diversos pontos são avaliados na prova oral e, no caso dos exames/concursos relacionados às carreiras jurídicas, por exemplo, cumpre avaliar: - o domínio do conhecimento jurídico - o emprego adequado da língua - a articulação do raciocínio - a capacidade de argumentação - o uso correto do vernáculo, havendo ainda a variante chamada "prova de tribuna", a qual tem por fim apreciar: - a entonação - a correção de linguagem - o estilo - o convencimento - o conteúdo lógico e jurídico - a segurança - a adequação técnica e desenvoltura dos candidatos/examinandos.

Em respeito ao postulado da moralidade administrativa, elevado à estatura de princípio constitucional dirigente da atuação da Administração Pública (art. 37 da Constituição da

³¹ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO. PROVA ORAL. SUBJETIVIDADE. RECURSO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. EDITAL EMANADO POR ATO ISOLADO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. ARREDONDAMENTO DE NOTA. PRECEDENTES ANÁLOGOS. Deve-se levar em consideração o fato de que o edital do referido certame, diferentemente dos anteriores, não foi submetido ao crivo do Tribunal, tendo sido emanado por ato isolado do Presidente da Corte. Na hipótese, a ausência de previsão no edital de recurso contra a nota da prova oral, de natureza subjetiva, amolda-se a vários precedentes jurisprudenciais análogos, no sentido de ser viável a pretensão deduzida. Recurso provido. (RMS 16.089/ES, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 10/05/2004 p. 306)

³² Cumpre destacar que, consolidou-se, de forma "irreversível", a jurisprudência do STF, reafirmando que deve haver publicidade quanto ao nome dos integrantes da Banca da prova oral, em homenagem ao princípio da impessoalidade.

³³ Por isso mesmo, as provas orais, ante a possibilidade de que ocorram (mais facilmente) arbitrariedades, deveriam ser sempre públicas e documentadas, preferentemente por instrumentos audiovisuais.

República de 1988), impõe, pela própria natureza da prova oral, apresentar critérios subjetivos de valoração e não registrar correção de forma expressa³⁴. No entanto, se tal exame encontrar-se totalmente gravado em fitas ou vídeos não há que se falar em vício a ensejar anulação do certame.

Prova de títulos

Inserir-se na órbita do mérito administrativo a valorização das provas apresentadas pelos candidatos para efeito de verificação de experiência profissional, não sendo cabível a invasão do Poder Judiciário na esfera discricionária da Administração, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Não resta dúvida que, no tocante à prova de títulos, a Comissão e a Banca Examinadora gozam de certa discricionariedade em termos de valoração, desde que não haja ferimento à lógica. Importante é frisar que o Poder Judiciário não pode substituir a administração quanto a esse juízo valorativo. Se o fizesse, o Judiciário estaria substituindo a atuação discricionária administrativa pela sua própria.

É no Edital que se estabelecem as regras utilizadas para a pontuação dos títulos, com a devida publicidade. Portanto, não pode existir descompasso entre o que prevê o edital e a atuação da administração.

Note-se que o Edital tem que estabelecer, com minudência, o valor dos títulos, fixando, inclusive, limite máximo de pontos que poderá alcançar o concursando. Estas disposições deverão ser uniformes para todos os candidatos. Além disso, não se pode olvidar que não é dado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de pontuação adotados pela administração³⁵.

³⁴ "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA ORAL. NOTAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EDITAL DO CONCURSO. CRITÉRIOS VALORATIVOS DE NOTAS. PODER DISCRICIONÁRIO DA BANCA EXAMINADORA DO CONCURSO. INVIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Para que se possa auferir, de maneira inequívoca, a existência do direito líquido e certo, faz-se imprescindível a apresentação, juntamente com a inicial, da prova pré-constituída, já que tal ação possui caráter documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória. 2. In casu, não houve sequer a juntada do Edital ou da Resolução do VIII Concurso Público para Juiz Substituto da 2ª Região, não havendo que se falar, assim, em direito líquido e certo do ora Recorrente, pois não se afigura possível aferir-se a veracidade dos fatos alegados, de que o Edital violou princípios constitucionais, ao negar o seu direito de recorrer das provas orais realizadas, ou, ainda, de se verificar a possibilidade de a Banca Examinadora rever e majorar as notas que lhe foram atribuídas. 3. Ademais, conforme entendimento pacífico da jurisprudência e da doutrina, não compete ao Poder Judiciário a ingerência na valoração dos critérios adotados pela Administração para a realização de concursos públicos, salvo quanto ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e o seu cumprimento durante a realização do certame. Precedentes. 4. Recurso improvido." (STJ - ROMS 15.866-RJ - 2003/0010800-5 - Quinta Turma - Relator Ministra Laurita Vaz - Data do Julgamento: 27.05.2003 - g.n.)

³⁵ Precedente do STJ: "ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA AUDITOR SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. VALORAÇÃO DE TÍTULOS. IMPOSSIBILIDADE NA

Não podemos deixar de registrar que a prova, única e exclusiva de títulos, está definitivamente sepultada em nosso ordenamento jurídico. Com o advento da Constituição de 1988, por ferir a democratização do concurso público e o princípio da impessoalidade, moralidade, publicidade, esta modalidade de avaliação foi expungida. A finalidade precípua do concurso público é oportunizar o processo isonômico a todo cidadão para ingressar no serviço público e selecionar os candidatos mais hábeis, capazes e eficientes.

Por isso mesmo, a pontuação atribuída à prova de títulos só é razoável para interferir na classificação geral dos candidatos, pois, por si só, não tem o condão de reprovar ou aprovar, de aferir realmente a capacidade do candidato para o exercício da função pública. E mais: os títulos devem guardar pertinência e aderência com as atividades pertinentes à função pública. Exemplificando, em concurso para a área jurídica é perfeitamente cabível exigir títulos como curso de mestrado, doutorado, especialização, trabalhos jurídicos publicados etc.

N a análise de legalidade do ato da Administração que não atribui pontuação aos títulos apresentados pelo concursado, para efeito de comprovação de experiência profissional em concurso para ingresso num determinado cargo, o Poder Judiciário pode, apenas excepcionalmente, avaliar se é lícita a conduta da Administração que recusa os títulos apresentados pelo candidato.

O Poder Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, decorrência do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, deve verificar a sua legalidade e motivação, mas, em regra, não pode substituir-se à administração no exame do mérito administrativo, bem como, interferir nos critérios de pontuação adotados pela administração, no edital. No entanto, faz-se necessário haver uma previsão dos títulos levados em consideração na análise dos currículos dos candidatos. Tais perguntas, obrigatoriamente, devem constar no edital, sob pena de reflexo claro de afronta aos princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade, que, como se sabe, norteiam a atuação da Administração Pública de forma a vedar benefícios, privilégios imotivados a pessoa determinada e a possibilitar o controle dos atos estatais.

VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA.1. O exame minucioso dos critérios de avaliação de títulos, em concurso público para o provimento de cargo de auditor substituto de conselheiro do tribunal de contas do estado do Rio Grande do Sul, refoge aos limites estreitos do "mandamus".2. A pontuação dos títulos, em razão de sua subjetividade, compete a banca examinadora, não cabendo ao judiciário substituí-la, alterando as regras estipuladas pelo edital.3. Recurso improvido" (RMS 8.371/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 1º.12.97);.

Os critérios sem pontuação dos títulos previstos no edital abrem espaço para ocorrência de fraudes, arbítrios ou equívocos, por serem imprecisos.

Por fim, é de suma importância frisar que é nula a cláusula de edital de concursos públicos, onde se considera título apenas o tempo de serviço público prestado no próprio órgão realizador do certame³⁶.

Conclusão

Como visto, a atual posição dos tribunais, explicitada neste artigo, já representa, sem sombra de dúvida, um grande avanço. A análise dos precedentes aqui apontados corroborou a idéia de ampliação do controle jurisdicional no âmbito das provas e exames seletivos da administração. Em diversos julgados evidenciou-se não só o controle dos atos administrativos vinculados como também a limitação ao poder discricionário em defesa da esfera jurídica dos candidatos/examinandos, impondo ao administrador a abstenção de escolhas desarrazoadas e/ou desproporcionais³⁷.

Assim, percebe-se claramente que o posicionamento conservador e incompreensível de dar irrestrita imunidade ao administrador continua a ruir, tornando-se inadmissível perante a renovada jurisprudência. Assim, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando paulatinamente de nossa cultura e, no lugar, insere-se a área de controle judicial não só na esfera da legalidade estrita, mas também este neo-controle em sentido amplo.

No entanto, há ainda um longo caminho pela frente, há ainda bastante o que avançar neste sentido para ver claramente consagrados os princípios que devem nortear todos os procedimentos seletivos aqui abordados. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido de uma maior justiciabilidade da atividade estatal e, também, de um fortalecimento ainda maior do postulado da inafastabilidade da fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de coibir, conseqüentemente, muitos dos abusos ainda reincidentes.

Sem sombra de dúvida, aquela postura antes majoritariamente adotada pela doutrina e jurisprudência no sentido de ser vedada, em toda e qualquer circunstância,

³⁶ *Funcionário Público Municipal - Concurso público - Anulação - Prova de títulos que considera apenas o tempo de serviço público prestado no município - Inadmissibilidade - Concurso que teve por finalidade efetivar em cargos públicos superiores os funcionários do município - Inobservância dos princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, da igualdade e da legalidade - Recurso provido. (TJSP, Apelação Cível nº 177.932-1 - Bragança Paulista-Relator: Alfredo Migliore - 07.12.2006)*

³⁷ Se a apreciação meritória do examinador se mostrar desarrazoada e desproporcional, é certo que foge às raias da legalidade ("lato sensu"), impondo-se a necessidade de controle judicial, uma vez que ao limitar de modo inadequado e desproporcional determinado direito fundamental dos candidatos/examinandos, a atuação administrativa mostrar-se-á ilegítima e fora do campo da legítima atividade discricionária.

a intervenção judicial nos critérios de elaboração/correção de provas de concursos e exames seletivos mostrou-se uma postura capaz de gerar (ou consolidar) arbitrariedades de toda monta; O exame de tais injustiças, felizmente, vem deixando de ser afastado do Judiciário, com a adoção dos novos paradigmas.

Essa concepção mais atual, derivada de um modelo de Estado estruturado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, é incompatível com decisões que destoem do fundamento maior de sua validade, ou seja, da Constituição da República, de onde emanam, com nítida força normativa superior, princípios como o da razoabilidade ou proporcionalidade. Tendo em vista esse entendimento da legalidade realizada pela óptica substancial, vem se tornando possível efetuar, cada vez mais, um eficiente controle dos atos no âmbito judicial. Desta forma, hoje, o exame da legalidade do procedimento administrativo, pode dar ensejo à anulação de questões, à uma nova correção de prova, à um novo julgamento do recurso administrativo interposto ou, até mesmo, a realização de um novo exame.

Importante, neste momento, se mostra a conscientização coletiva de que os limites impostos pela legalidade estrita, assim como os limites jurídicos da discricionariedade administrativa, impostos pelos princípios constitucionais, constituem inevitável decorrência do Estado Democrático de Direito e, portanto, devem ser defendidos por todos.

Aos examinandos cumpre lutar pelos seus direitos, a eles reservados pela lei maior, principalmente o direito de competir dentro da lei, em condições isonômicas, à luz dos critérios técnicos de eficiência e nos limites do conhecimento que lhes é exigível.

Aos examinadores, encarregados da aferição dos candidatos, devem alcançar e praticar o entendimento de que sua tarefa deve respaldar-se em critérios e condutas destituídos de arbitrariedade, e que a discricionariedade administrativa que lhes é reservada para o exercício deste mister é, na grande maioria das vezes, tecnicamente limitada, e indissociável dos princípios constitucionais tais como os da impessoalidade, da imparcialidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Constatada a falha, é obrigação da comissão promover as correções devidas, pois a observância ao princípio da legalidade torna o ato vinculado, não estando na esfera de escolha da banca examinadora a opção entre manter o equívoco ou promover a correção das questões em que seja constatada falha na formulação ou na resposta indicada como correta.

Aos representantes do Ministério Público, cabe estarem sempre atentos no âmbito dos concursos públicos, exames de ordem etc., e prontos a agir no exercício da sua função de fiscalização dos poderes públicos e das entidades públicas e privadas que executem serviços de relevância pública, procurando coibir os eventuais abusos e

ilegalidades que se apresentem no âmbito dos exames e concursos, e que possam representar violação ao direito subjetivo a que toda a sociedade tem à observância e ao respeito dos direitos previstos na Constituição Federal.

Aos magistrados, no exercício da atividade jurisdicional a que estão democraticamente legitimados, devem realizar sem timidez o controle substancial e formal dos atos administrativos, aqui abordados, pondo, no que lhes couber, os devidos limites aos examinadores, exercitando de modo cada vez mais eficaz o controle de legalidade baseado nos princípios consagrados na atual Constituição da República Federativa do Brasil.

*Mestre em Direito do Estado, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, Doutor em Ciência Política e Administração Pública. Procurador do Legislativo aposentado. Parecerista na área do Direito Administrativo. Examinador de Concurso Público. Membro Integrante da Banca Examinadora de Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor Emérito da Universidade da Filadélfia. Professor-palestrante da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ - Professor Coordenador de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Professor integrante do Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes, da Universidade Gama Filho e da Universidade Federal Fluminense. Presidente da Comissão Nacional de Direito Administrativo.

**Bacharel em Direito, Parecerista na Área do Direito Administrativo e Membro da Comissão Nacional de Direito Administrativo.