

Controle jurisdicional da correção de prova subjetiva nos concursos públicos

Fábio de Holanda Monteiro

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Administrativo pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estadual do Ceará. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí. Procurador do Estado do Piauí. Advogado. *E-mail:* <fabiodenh@terra.com.br>.

Resumo: Ainda que os tribunais brasileiros se mostrem reticentes quanto ao controle judicial dos atos praticados pelas Bancas Examinadoras na correção de provas subjetivas de concursos públicos, começam a surgir decisões invalidando atos contrários não somente à lei e ao edital regulador do certame, mas também aos princípios gerais do direito previstos expressa ou implicitamente no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Hodiernamente, mostra-se inaceitável que o Poder Judiciário adote uma postura de não apreciar os abusos e arbítrios cometidos na correção das provas subjetivas, terminando por conferir tratamento desigual entre os candidatos. Este trabalho, escorado no ordenamento jurídico, na doutrina e na jurisprudência, objetiva demonstrar que é cabível o reexame judicial quando são transgredidos o edital, a lei ou a Constituição.

Palavras-chave: Concurso público. Prova subjetiva. Correção. Controle jurisdicional.

Sumário: 1 Introdução – 2 Provas subjetivas, discursivas, dissertativas ou escritas – 3 A discricionariedade na correção das provas subjetivas – 4 Controle jurisdicional da correção de provas subjetivas – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

O presente estudo não busca tão somente despertar o interesse individual de candidatos que se mostrem insatisfeitos com condutas ilegais ou inconstitucionais praticadas pelas bancas examinadoras na correção de questões das provas subjetivas de concursos públicos.

Mais que isso, procura-se também evidenciar o interesse público de se fazer com que os examinadores, ao corrigirem as questões, respeitem a lei, o regulamento (edital) e, sobretudo, a Constituição, a fim de que seja assegurada a todos os concorrentes a igual oportunidade de acesso aos cargos públicos.¹

O Judiciário, ante os descontentamentos apresentados pelos participantes, começa cada vez mais a reexaminar os atos praticados pelas comissões examinadoras na correção de quesitos desse tipo de avaliação, utilizando-se, para tanto, não somente do controle de legalidade — no qual há de se observar se a conduta administrativa violou a lei ou o edital do certame² —, mas também do controle de

juridicidade, por meio do qual é verificado o respeito aos princípios gerais do direito.³

Em sede de concursos públicos, ainda que a correção das provas subjetivas venha tratar-se de ato discricionário, ao Judiciário cabe intervir quando demonstrado algum desvirtuamento da finalidade abarcada pela lei, como nos casos de arbítrio ou abuso de poder, assim como quando restar comprovado extrapolamento dos parâmetros estabelecidos no próprio edital regulador do certame.

Cabe, pois, ao Poder Judiciário o controle dos atos praticados pelas bancas examinadoras na correção das provas subjetivas dos concursos públicos quando ficar evidenciado frontal agressão à Constituição, à lei, ou ao edital do certame, bem como se houver falta ou insuficiência de motivação, erro material, ou ainda quando for conferido tratamento anti-isonômico entre os concorrentes, devendo, conforme a situação que lhe for posta, invalidar a correção das questões ou a nota atribuída aos candidatos, podendo inclusive alterar a classificação final.

2 Provas subjetivas, discursivas, dissertativas ou escritas

As provas subjetivas, comuns na segunda fase dos certames públicos, são aquelas em que se exige dos candidatos conhecimentos sobre um determinado tema proposto, cujo critério de correção leva em consideração não somente o conteúdo das respostas apresentadas, mas também a argumentação lógica, a coerência, a adequação vocabular, bem como a correção gramatical e a ortografia.

De acordo com o Desembargador Federal João Batista Moreira,

A originalidade é um requisito ínsito a uma prova discursiva, quando se procura apreciar a facilidade

constante do programa previsto no edital, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. *DJ* 09.09.2005.

¹ Este entendimento foi esposado pelo Min. Sepúlveda Pertence no RE nº 194.657-1/RS, ao afirmar que “Um dos objetivos do sistema de concursos públicos, acentuou Seabra Fagundes, é ‘democratizar o acesso aos cargos públicos: igualdade de oportunidades para todos, acima e além de influências pessoais’”.

² No RE nº 434.708-3/RS, o STF manifestou-se pelo entendimento de que constitui vício de legalidade, admitindo o controle jurisdicional, quando é formulado questionamento sobre ponto não

³ Germana de Oliveira Moraes afirma que “O controle judicial da atuação administrativa não mais se esgota no âmbito da legalidade, abrangendo também o exame da constitucionalidade, isto é, além de verificar a conformidade do ato administrativo com a lei, o juiz há de decidir também sobre a compatibilidade do ato impugnado com a principiologia constitucional”. (O Judiciário e o direito dos concursos. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura da 5ª Região*, n. 2, p. 59).

ou o grau de dificuldade do candidato desenvolver determinado tema, utilizando-se de atributos próprios e não copiativos.⁴

Contudo, não se deve confundir as provas dissertativas com as ditas provas práticas, geralmente cobradas na terceira fase do concurso, e nas quais normalmente é exigido do candidato a elaboração de sentenças, pareceres, petições ou recursos.

Nas provas práticas, o candidato é posto à prova sobre situações do cotidiano, que se aproximam da realidade, aproveitando-se, o examinador, de casos enfrentados no exercício da atividade profissional.⁵ Já nas discursivas, os concorrentes discorrem sobre os temas que lhe são questionados, devendo mostrar certo domínio do conteúdo.

Em que pese o maior grau de discricionariedade nos critérios de avaliação e correção das provas subjetivas — ao contrário do que ocorre com as provas objetivas —, a comissão examinadora deve padronizar os critérios de aplicação e correção das questões propostas, a fim de melhor comparar as respostas apresentadas pelos candidatos, bem como para fazer valer os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Consoante destacado por Francisco Lobello,

A padronização deve [...] estar presente em todos os aspectos das provas e tem implicações nas informações fornecidas aos candidatos antes das provas; na aplicação de provas idênticas a todos os candidatos, na garantia das condições a todos os candidatos no momento de elaboração das provas etc.⁶

Deve, pois, a banca examinadora, mesmo em se tratando de provas dissertativas, estabelecer um gabarito padrão para correção das questões, o mais detalhado possível, o qual deve trazer, tirante o conteúdo mínimo exigido, a pontuação estabelecida para cada tópico acertado, bem como a punição para cada desacerto, erros gramaticais ou inadequação vocabular, para que os concorrentes, além de serem tratados isonomicamente, saibam os motivos da pontuação obtida, propiciadores de fundamentação de possíveis recursos administrativos, assim como para que o subjetivismo do avaliador não venha preponderar.

⁴ AMS nº 34.000.115.456/DF, Rel. João Batista Moreira, DJU, 4.10.2002, p. 311, *apud* MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

⁵ MOURA, Marcelo; CALVET, Otávio. *Magistratura e ministério público do trabalho: questões discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 01.

⁶ *Regime jurídico dos concursos público*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 122.

É lógico que o gabarito padrão utilizado para a correção deverá estar esteado na lei, na melhor doutrina e, principalmente, na Constituição, não havendo permissão alguma para a comissão examinadora considerar como correto algo seja desprovido de qualquer validade jurídica, sob pena de cometimento de abuso ou arbitrariedade, sujeitando-se ao controle judicial, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88.⁷

Conforme exposto por Marçal Justen Filho,

Se não for possível estabelecer critérios predeterminados de avaliação do desempenho do candidato, deverão ser previstos instrumentos de neutralização da influência de simpatias ou antipatias pessoais (mesmo que inconscientes). Assim, por exemplo, será imperioso que diversos julgadores avaliem a mesma prova, produzindo-se um tratamento estatístico destinado a evitar que a opinião de um único indivíduo desnature o resultado.⁸

Mesmo valendo-se dos critérios preestabelecidos para a avaliação, acaso entre as notas atribuídas pelos diversos membros da Comissão houver uma cuja atribuição da pontuação destoe das demais, restarão transgredidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, de pronto, deve ser reprimido pelo Poder Judiciário.

Situações como as acima postas, não implica necessariamente a desconstituição da banca examinadora, com conseqüente formação de outra, bastando, para tanto, determinar que seja realizada nova correção. Contudo, caso a comissão não realize uma nova correção devidamente motivada, caberá sua desconstituição e formação de outra, visto que uma nova ordem para mais um reexame

Será “chover no molhado”, pois o Examinador ‘manterá o seu critério e, evidentemente, o justificará, por isto ou por aquilo’, na expressão do Min. Ribeiro Costa, no julgamento, em 16.10.1963, do MS 11.712 (RDA 80/128).⁹

3 A discricionariedade na correção das provas subjetivas

Os atos administrativos, quanto à menor ou maior liberdade de ação conferida às condutas dos agentes públicos, são classificados em vinculados ou discricionários.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos discricionários são aqueles que a Administração

⁷ Este dispositivo constitucional abriga o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, por meio do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 587.

⁹ TRF 1ª Região – AC nº 2002.33.00.025874/BA. Rel. Des. Federal João Batista Moreira. DJ 10.02.2005, p. 26.

“prática dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta subjetivismo”.¹⁰ Já os atos vinculados são “os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivo”.¹¹

É de ter-se, então, que a conduta do agente público é absolutamente regrada pela lei nos atos vinculados, não havendo qualquer margem para valoração ou subjetivismo; já nos atos discricionários, há certa liberdade de agir, quanto ao motivo e ao objeto, desde que sejam observados os limites impostos pela lei, devendo a liberdade de escolha recair sobre alternativas igualmente legítimas perante a ordem jurídica.

A partir dos conceitos de atos vinculados e discricionários, pode-se concluir que os atos praticados pelas bancas examinadoras nos procedimentos de concursos públicos situam-se no campo da discricionariedade, visto que a elas é dada a prerrogativa de escolher os critérios de aplicação e de correção das provas dissertativas.

Contudo, conforme os ensinamentos de Almiro do Couto e Silva, resta saber

[...] se terá a banca ou comissão examinadora o poder de considerar certa uma resposta que seja errada, ou vice-versa, como se ambas as alternativas — a certa e a errada — valessem o mesmo juridicamente, repousando a escolha de uma ou outra apenas no juízo de pura conveniência.¹²

Seguindo ainda os passos do jurista gaúcho, questiona-se se terá, então, a banca examinadora, por exemplo, o poder de afirmar, sem possibilidade de reexame pelo Judiciário, que o tributo é instituído por decreto ao invés de lei, ou que 2+2 são 5 e não 4?¹³

Poderá a comissão examinadora considerar correta a resposta que agrida frontalmente a Constituição e a lei, sem que tal prática seja submetida à reapreciação judicial?

Embora as provas subjetivas de concursos públicos sejam dotadas de elevada carga de discricionariedade, o examinador deve zelar pela objetividade no momento da fixação do gabarito e correção das questões, com vistas a reduzir ao máximo suas

interferências pessoais, evitando, com isto, o cometimento de arbitrariedades, devendo inclusive tomar como parâmetros não somente a lei e o edital regulador do certame, mas também a melhor doutrina e a Constituição.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que

[...] não há como conceber nem como aprender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo — salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro —, cumpre buscar pontos que demarcam a extensão.¹⁴

Destaque-se que pelo fato de as comissões examinadoras serem dotadas de discricionariedade na elaboração e correção de questões de provas discursivas, assim como na fixação dos gabaritos ou critérios de correção, não significa um passaporte para a prática de atos contrários à lei, à Constituição, ou à Ciência Jurídica, pois isso configura verdadeiro arbítrio, merecedor de reprimenda judicial. Nesse sentido, as ensinanças de Fábio Medina Osório, para quem

As Bancas Examinadoras, nos concursos públicos, gozam de discricionariedade técnica, é dizer, aquela liberdade de escolha balizada pela Ciência e pela técnica, sobretudo pelas fontes formais do Direito. Devem os examinadores, portanto, formular questões e alternativas corretas, juridicamente razoáveis, de tal sorte que os candidatos possam, em condições isonômicas e dentro da lei, competir livremente, culminando na escolha dos melhores. Esse é o objetivo dos concursos públicos, os quais se desenvolvem balizados pela obediência às normas constitucionais aplicáveis, sempre interdita a arbitrariedade de quem quer que seja.¹⁵

Segue afirmando o ilustre publicista que

Os poderes da Banca são jurídicos e, mais precisamente, discricionários, movimentando-se entre alternativas igualmente válidas, porém sempre entre limites ou marcos conceituais mínimos. Não se trata, a toda evidência, de poderes ilimitados, eis que, fosse assim, teríamos bancas dotadas de poderes ajurídicos, incontroláveis, situação impensável num Estado Democrático de Direito. A existência de limites, por si só, é indicativa de que existem marcos conceituais básicos que devem ser respeitados pelas Bancas Examinadoras, ainda que se

¹⁰ *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 404.

¹¹ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 404.

¹² Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 15).

¹³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.856.

¹⁵ Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

diga que o judiciário não possa adentrar o mérito administrativo.¹⁶

Por mais que os examinadores sejam dotados de elevados conhecimentos jurídicos e de vasta experiência nos procedimentos de concursos públicos, é de ter-se que podem vir a cometer equívocos quando da correção das provas, passíveis de reapreciação judicial.¹⁷

Como bem lembrado pelo Ministro José Delgado,

[...] mérito significa uso correto da discricionariedade, ou seja, integração administrativa. Com observância do limite legal e o limite legítimo, o ato tem mérito. Caso contrário, não tem mérito e deixa de ser discricionário para ser arbitrário, e, assim, sujeito ao controle judicial.¹⁸

Da mesma opinião comunga Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que

O “mérito” do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo.

Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal.¹⁹

Discorrendo especificamente sobre o tema, Almiro do Couto e Silva preleciona que

[...] referentemente ao controle judicial dos critérios de correção de provas de concurso público, será forçoso concluir que não se trata propriamente de interferir no mérito dos atos administrativos, para analisar sua conveniência ou oportunidade.²⁰

Não há mais como conceber, em pleno século XXI, época em que o Estado busca cada vez mais imprimir efetividade à Constituição, a fim de fazer valer no plano material os direitos fundamentais da pessoa humana, que se atribua um poder ajurídico, a céus, permitindo que as comissões examinadoras

de concursos públicos ajam de modo arbitrário e abusivo, sob o falso argumento de que os atos por elas praticados são insindicáveis ao controle judicial, por se tratar de mérito do ato administrativo.

Só há falar em mérito quando a banca examinadora agir dentro dos limites da lei, respeitando a ordem jurídica, os princípios constitucionais expressa e implicitamente contidos no texto constitucional, e a Ciência do Direito como um todo.

Aceitar que os examinadores atribuam pontuação a provas subjetivas, a seu bel-prazer, sem que sejam avaliados os limites de suas atuações, mormente em relação à lei, aos princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos, e à doutrina mais abalizada, é abrir-lhes além-mares para que naveguem num oceano de arbitrariedades.

Consoante a doutrina de Francisco Lobello,

Quanto menos objetiva a prova, mais detalhado deverá ser o gabarito a fim de evitar interferências subjetivas do examinador na correção das provas. No caso das questões escritas, deve ser elaborado um roteiro com todas as informações que se esperava que o candidato incluísse em sua resposta e os valores que lhes serão atribuídos. Quando houver outras habilidades sendo avaliadas — como clareza na exposição do raciocínio, ortografia e pontuação destes fatores. Isto porque a principal função do gabarito é orientar o examinador na correção das provas, vinculando sua atuação e garantindo a objetividade na correção da prova.²¹

Sempre haverá possibilidade de reexame judicial dos atos de correção das provas subjetivas nas situações em que a banca examinadora agrida a ordem jurídica, cometa erros materiais e desrespeite os mais mezinhos princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos, sobretudo quando tais práticas transgredirem o maior dos princípios inerentes às seleções públicas, o da isonomia, visto haver, nesses casos, desbordamento do “mérito”, tornando o ato ilegítimo, o qual, na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser tolhido “a talho de foice” pelo Poder Judiciário, por ser conduta ofensiva ao direito.²²

Destarte, não pode a comissão examinadora de concurso público, por exemplo, considerar correta a resposta de um candidato que traz o tributo como sendo instituído por decreto, quando o art. 150, I, da CF/88 preconiza ser por lei; também não pode ter como certa a resposta que afirma ser o fundo especial de despesa criado por decreto, quando o art. 167, IX, da CF, bem como os arts. 73 e 74, da Lei nº 4.320/64, dizem ser por lei.

¹⁶ Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 247.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102

¹⁸ STJ, REsp. nº 647.417/DF, 1ª Turma, Rel. Min José Delgado, DJ de 21.02.2005, p. 114.

¹⁹ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102.

²⁰ Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 14/15.

²¹ *Regime jurídico dos concursos públicos*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 132.

²² *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82/83.

Nas duas situações acima exemplificadas, se assim o proceder, a banca examinadora comete arbítrio, merecedora de fulminante reprimenda judicial, não assistindo nenhuma razão, ou amparo jurídico, àqueles que insistem em afirmar tratar-se de exame de mérito.

4 Controle jurisdicional da correção de provas subjetivas

O concurso público constitui, na sua essência, um procedimento administrativo submetido aos critérios objetivos do edital, que visa a selecionar o candidato mais apto a ocupar cargo ou emprego público, seja na Administração direta, seja na indireta. Nesse sentido, a lição de Adilson de Abreu Dallari *apud* Edmir Netto de Araújo:

Ou seja, o concurso público a que a Constituição se refere é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar a classificação de todos aprovados.²³

Tendo, pois, a natureza de procedimento administrativo, o certame público constitui-se numa sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos, sujeitos, cada um deles, em tese, ao controle jurisdicional, mormente nos casos de evidenciada inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Portanto, todos os atos praticados pela comissão examinadora no decorrer do concurso público, inclusive os de correção das questões de provas subjetivas, são submetidos aos princípios constitucionais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade; bem como às leis e ao edital regulador do certame, sob pena de invalidação pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade das bancas examinadoras não é absoluta, devendo encontrar limitação na própria ordem jurídica a que é submetida, sob pena de negação do Estado Democrático de Direito.

Ainda que a correção de questões de provas discursivas seja ato discricionário, o Judiciário pode intervir quando demonstrado algum desvirtuamento da finalidade abarcada pela ordem jurídica, como o abuso de poder, assim como quando houver extrapolamento dos parâmetros estabelecidos no próprio edital regulador do certame.

Ao Poder Judiciário — ao contrário do que afirmam vetustas doutrinas e jurisprudências —, em

casos de inconstitucionalidade, ilegalidade ou arbitrariedade, é cabível o controle dos atos administrativos discricionários praticados pelas comissões examinadoras na correção de provas subjetivas de concursos públicos.

O texto constitucional de 1988 assevera expressamente, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal proteção deve ser a mais ampla possível, conforme manifestação do Supremo Tribunal Federal:

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.²⁴

Há de se ressaltar que o controle judicial da correção das provas subjetivas nos concursos públicos, ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores e magistrados destemporâneos, não constitui afronta ao princípio da separação dos poderes, consoante entendimento exposto pelo Ministro Marco Aurélio:

CONCURSO – CORREÇÃO DE PROVA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES. Longe fica de contrariar o disposto no artigo 2º da Carta Política da República provimento judicial que, a partir de premissa de má vontade da banca examinadora na correção de prova manuscrita, considerada a caligrafia do candidato, assenta a improcedência dos erros apontados.²⁵

Muitas são as situações em que o controle jurisdicional da correção das provas subjetivas mostra-se cabível, dentre as quais são destacadas: i) resposta cujo conteúdo considerado correto pela comissão examinadora contraria determinado ramo do conhecimento normalmente aceito;²⁶ ii) resposta cuja correção realizada pela comissão examinadora teve erros apontados por perícia;²⁷ iii) resposta cuja

²³ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271.

²⁴ STF – 2ª T. – RE nº 158.655-9/PA – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 maio 1997, p. 16.567.

²⁵ STF – 2ª T. – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 171.342-0/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 abr. 1996, p. 13.124.

²⁶ “Administrativo. Concurso público. Correção das provas. Apreciação judicial. 1. Nada obsta seja reapreciada a correta atribuição de pontos em certame público, pois os examinadores não se encontram acima do bem e do mal e seus atos não comparecem isentos de apreciação judicial. 2. Eleita como resposta certa a mais distanciada do que tem sido aceito, quebrada está a igualdade de todos os concorrentes. A anulação de questões assim formuladas é, em verdade, o único meio de que dispõe o Poder Judiciário para, sem substituir o examinador, restabelecer a igualdade entre os candidatos. 3. Apelo provido. Maioria” (TJ/DF – APELAÇÃO CÍVEL nº APC4203996. Rel. Des. Válder Xavier. 1ª T. Cível, *DJU* 26.11.1997, p. 29.182).

²⁷ “Prova pericial. Intervenção do Judiciário. Possibilidade. Retroação dos efeitos de eventual aprovação. 1. Constatada, por intermédio

correção não observou os critérios por ela mesma estabelecidos;²⁸ iv) resposta cuja correção realizada pela comissão examinadora é comparada com a resposta apresentada por outro candidato, a fim de comprovar se houve divergências nos critérios adotados, com consequente tratamento anti-isonômico entre os concorrentes;²⁹ v) resposta cuja correção apresentou motivação insuficiente;³⁰ vi) resposta

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 (*sic*) entre os concorrentes, ainda que faltem indícios da alegada perseguição, não é dado ao juiz desconsiderar o laudo 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” (TRF 1ª Região – AC nº 1998.34.00.001170-0/DF; Apelação Cível. Quinta Turma. Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, *DJ*, 25.11.2003. p. 42).

²⁸ “Agravamento regimental. Concurso público. Critério de correção de texto de questão subjetiva em desacordo com a própria resposta da banca examinadora do concurso. Inobservância ao 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. Agravamento regimental provido” (TRF 5ª Região – AGTR nº 86053, Processo nº 2004.05.00.017833-7. 3ª T. Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, *DJ* 19.10.2004, p. 338).

²⁹ “Processual civil e administrativo. Agravamento de instrumento. Concurso público. Terceira interessada. Legitimidade recursal. Avaliação escrita. Critérios de correção. Perícia. Análise das provas de outros candidatos. Possibilidade. FUB-CESPE. A Fundação Universidade de Brasília, embora estranha à lide, tem legitimidade para interpor recurso contra decisão prolatada em processo em que se discutem os critérios de correção de provas de concurso público por ela executado, por meio de seu Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE, devido ao seu interesse na causa. 2. Não há de se inculpar de ilegalidade a determinação para se apresentar provas de outros candidatos, que não a dos Agravados, a fim de ser realizada a perícia, porquanto o que objetiva é o cotejo entre tais provas para se verificar se houve diferença no critério de correção levado a efeito pela Banca Examinadora do Concurso, não existindo, assim, nenhum prejuízo para os outros candidatos, mesmo porque as suas provas não serão objeto de nova avaliação. 3. Agravamento de instrumento a que se nega provimento” (TRF 1ª Região – AG nº 2004.01.00.020000-0/DF; Agravamento de instrumento. 5ª T. Rel. Des. Federal Fagundes de Deus. *DJ* 13.09.2004. p. 80).

³⁰ “Mandado de segurança – Concurso público – Elaboração, aplicação, Correção e revisão das provas a cargo de entidade particular – Revisão de prova com motivação insuficiente – Aceitação, não fundamentada, pela comissão de concursos e promoções – Lesão a direito individual da candidata – Segurança concedida. ‘Caberá sempre reapreciação judicial do resultado dos concursos, limitada ao aspecto da legalidade da instituição das bancas ou

em que a correção apresentou pontuação cujo valor agrediu os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.’³¹

Não restam dúvidas de que cabe o controle jurisdicional sobre os atos praticados pelas bancas examinadoras na correção de provas subjetivas dos concursos públicos, bastando, para tanto, que haja cometimento de inconstitucionalidade, ilegalidade, erro material, ou que seja conferido tratamento anti-isonômico entre os concorrentes.

É preciso que magistrados e doutrinadores tenham em mente, como ressaltou o Ministro Marco Aurélio, que “[...] cada processo é uma lide individualizada, com aspectos e parâmetros objetivos e subjetivos próprios, a obstacularizar a observância automática de precedentes”,³² não lhes assistindo razão alguma em generalizar os casos concretos de correção de questões de provas subjetivas de concursos públicos, como se fosse uma simples análise de mérito, quando, em realidade, refere-se a arbitrariedades cometidas pela comissão examinadora, perfeitamente sujeitas ao reexame judicial.

Não se deve nem mesmo invocar, a fim de afastar a sindicabilidade judicial, que haveria quebra do princípio da isonomia, o que é uma inverdade, posto que a igualdade entre os concorrentes é preservada

comissões examinadoras, dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos. Isso porque nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., 375). (TJ/PR. Rel. Des. Clotário Portugal Neto. *DJ* 20.09.2002).

³¹ “Administrativo. Razoabilidade. Proporcionalidade. O edital é a lei do certame e a administração possui prerrogativa para estabelecer as condições e os critérios de seleção dos candidatos para provimento de cargo público, tendo em vista o atendimento de suas necessidades e o interesse público. Todavia, a análise dos resultados há de ser a mais cristalina possível, atentando-se a critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Legalidade. Ao Poder Judiciário só é lícito o exame da legalidade e legitimidade do ato administrativo, sendo-lhe vedado a análise do mérito do ato, pois este é da competência exclusiva da Administração, a qual ao praticá-lo deve estar atenta a critérios de oportunidade e conveniência. Desta forma, ao Poder Judiciário é permitido sim a análise de atos administrativos que, embora dotados de certa dose de discricionariedade, não estejam atendendo aos pressupostos de legitimidade (finalidade, razoabilidade e proporcionalidade). Concurso Público. Prova dissertativa. Critérios de correção. Embora perfeitamente legítima a exigência de nota 2,5 na prova dissertativa para aprovação no concurso para o cargo de agente penitenciário, não restaram claros os critérios para a correção da pontuação nesta prova. Embora o agravante tenha tido 10 erros nesta prova, os critérios utilizados de forma a que estes 10 erros valessem mais da metade dos pontos exigidos, isso não se mostrou claro, cristalino. Vê-se que a justificativa para o indeferimento do recurso administrativo do agravante é superficial e não esclarece o motivo determinante de se conferir ao mesmo nota 0,10 abaixo do mínimo exigido para seu prosseguimento no certame. Agravamento de investimento provido para que seja deferido ao agravante o direito de permanecer no certame e participar das demais etapas, e, ainda, logrando êxito, seja promovida sua nomeação e posse no cargo a que concorre” (TJ/DF. AI nº 200100200119830AGI DF. Re. Des. Jerônimo de Souza. *DJU* 05.09.2001 p. 45).

³² STF, 2ª T., RE nº 195.568-0-PI. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.4.1996, *DJU* 13.9.1996, p. 33.241.

[...] pelo fato, e diante do fato, de ninguém estar obrigado a recorrer ao Judiciário, a ingressar em juízo para questionar este ou aquele ato. Assegura-se tal ingresso e, uma vez o titular do direito substancial assim procedendo, dá-se a solução do conflito de interesse mediante a entrega da prestação jurisdicional.³³

Outrossim, para que não seja evocada a quebra da isonomia, faz-se necessário que sejam citados, como litisconsortes passivos necessários, os candidatos que possam vir a ter seus interesses afetados pela decisão judicial, como sói ocorrer com os candidatos que se encontram em melhor classificação que o demandante.³⁴

5 Conclusão

O concurso público constitui-se no meio mais democrático de acesso aos cargos públicos, devendo preservar a isonomia entre os candidatos, observar à lei, à Constituição e à doutrina majoritária, sob pena de afronta ao fundamento maior da ordem jurídica pátria, a dignidade da pessoa humana.

Pelo fato de o certame público envolver interesses de toda a sociedade e não somente dos participantes, mostra-se inconcebível a postura de não ser cabível ao Judiciário reprimir os atos arbitrários, abusivos, ilegais e inconstitucionais, praticados pela banca examinadora quando da correção das provas subjetivas, por constituir-se em clara afron-

ta a princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo seletivo.

A simples invocação de que os atos praticados pela comissão examinadora se afiguram como discricionários, mesmo quando esta venha incorrer em arbítrios e abusos que contariam o ordenamento jurídico, não tem guarida alguma perante os mandamentos da Constituição Federal de 1988, cabendo, dessa forma, ao Poder Judiciário exercer sua função de guardião maior da ordem jurídica, com vistas a preservar não somente aos interesses dos candidatos, mas os da sociedade como um todo.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. O Judiciário e o direito dos concursos. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura da 5ª Região*, Recife/PE, n. 02, 2001.

MOURA, Marcelo; CALVET, Otávio. *Magistratura e ministério público do trabalho*: questões discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. *Regime jurídico dos concursos público*. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público*: estudos em homenagem ao professor Adílson de Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

³³ STF, 1ª T., RE n.º 434.708-3/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. DJ 09.09.2005.

³⁴ É o entendimento exposto por Germana de Oliveira Moraes, ao expor que “[...] para saber se há ou não vício de inconstitucionalidade, é preciso examinar o acerto tanto das perguntas, quanto das respostas dos quesitos dadas como certas pela Comissão Examinadora. Isso pode ser feito sem prejuízo do direito dos demais concorrentes em concursos públicos, e precisamente para prevenir lesão aos direitos dos competidores que, nas ações judiciais com esse conteúdo, os Tribunais Brasileiros têm considerado indispensável ao processamento da causa a citação de todos os candidatos do concurso, o que viabiliza a restauração de equilíbrio que possa ser eventualmente comprometido” (O Judiciário e o direito dos concursos. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura da 5ª Região*, n. 2, p. 77). Contudo, *concessa venia*, discordo da Excelentíssima Magistrada e Conselheira quando é afirmado que os tribunais brasileiros exigem a citação de todos os participantes do concurso, o que tornaria até mesmo inócua a prestação jurisdicional, em certames que, maior parte das vezes, existem milhares de concorrentes. A citação, em realidade, somente deve recair sobre aqueles que possam vir a sofrer abalo em sua esfera jurídica, como dar-se com os candidatos que se encontram melhor classificados que o(s) demandante(s). Esta opinião foi cristalina e exposta pela Min. Ellen Gracie, nos seguintes termos: “A preliminar de nulidade por ausência de citação de litisconsortes necessário merece especial atenção. Viu-se do relatório [...], que os ora réus, de fato, não se encontram no ‘topo da lista’ dos candidatos classificados na primeira fase. Se parece exagero ‘ad terrorem’ pretender que se proceda ao chamamento de todos os mais de nove mil classificados, é inegável que, a ser mantida a decisão, ao menos aqueles concorrentes que tem (sic) precedência assegurada sobre os ora réus deveriam, necessariamente, integrar a lide. Porque vão ser atingidos pelos efeitos da coisa julgada, com inversão da ordem de classificação que ela opera [...]” (STF – AR-MC n.º 1685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 12.03.2004, p. 00036).

Judicial Control of Correction of Subjective Proof in Public Tenders

Abstract: Although the Brazilian courts appear reluctant to judicial review of actions taken by the Examining Bunkers in correcting subjective evidence of open, begin to emerge decisions invalidating acts contrary not only to the law and the competition regulator edict, but also to the general principles the law expressly or impliedly provided for in the constitutional text and constitutional legislation. Today, shows unacceptable that the judiciary adopt a posture of not appreciate the arbitrariness and abuses committed in the correction of subjective evidence, eventually giving unequal treatment of applicants. This work, anchored in law, doctrine and jurisprudence, it aims to demonstrate that it is reasonable for judicial review when they are violated the edict, the law or the Constitution.

Key Words: Tender. Subjective Proof. Correction. Jurisdictional Control.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MONTEIRO, Fábio de Holanda. Controle jurisdicional da correção de prova subjetiva nos concursos públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, p. 37-44, out. 2014.
