

.....

O controle jurisdicional das provas do concurso público

Luiz Henrique Miguel Pavan*

1. Do controle jurisdicional do ato administrativo

A Carta Magna consagrou a divisão dos poderes da República entre legislativo, executivo e judiciário, visando a atingir a harmonia e a independência dos poderes defendidas pelo Barão de Montesquieu.

A separação implica em uma maior proteção dos indivíduos em relação à vontade dos governantes, por meio da descentralização do poder.

Foi criado, nesse contexto, um sistema de freios e de contrapesos (*check and balances*), com o escopo de obter a permanente integração e controle recíproco entre os poderes, impedindo a manifestação soberana de um perante os demais.

O controle jurisdicional dos atos administrativos é, exatamente, uma consequência da tripartição de poderes, servindo como restrição ao poder da Administração Pública.

* Defensor Público da União lotado no Núcleo do Espírito Santo

Com efeito, a Carta Magna assegura que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário, consagrando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O controle jurisdicional da Administração pode ser caracterizado como o poder de fiscalização exercido pelo Poder Judiciário sobre os órgãos públicos com o objetivo de assegurar a observância dos princípios e regras jurídicas.

No que tange ao controle administrativo do ato vinculado, não paira dúvida a respeito da possibilidade de aferição de seus elementos pelo órgão judicante.

O Poder Judiciário irá examinar os elementos do ato administrativo, discricionário ou vinculado, no adstringente à sua legalidade.

Em relação aos atos administrativos discricionários, prevalece o entendimento de que o Poder Judiciário não pode rever o mérito do ato administrativo, substituindo a vontade do administrador pela sua própria. Somente a Administração Pública pode apreciar o mérito do ato, na medida em que detém os elementos técnicos para examinar a conveniência e a oportunidade na conduta administrativa.

O referido posicionamento é acolhido pela jurisprudência e pela doutrina tradicionais, sob a fundamentação de que a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos escapam ao controle jurisdicional do Estado.

Não obstante, a tendência atual da doutrina e dos pretórios é ampliar o controle judicial dos atos discricionários, visando a coibir arbitrariedades e efetivar, de forma plena, o acesso à justiça.

O exercício do poder discricionário pode gerar o arbítrio por parte do administrador, surgindo daí a necessidade de criar contrapesos a fim de conter esse poder.

É necessária, assim, a correção dos abusos cometidos pelo administrador por meio do Poder Judiciário, órgão imparcial e dotado de competência constitucionalmente atribuída para aplicar o direito no caso concreto, pacificando o conflito de interesses.

2. Da possibilidade de correção das provas do certame pelo Poder Judiciário

Passa-se a análise da tormentosa questão atinente à discricionariedade das bancas examinadoras dos concursos públicos e à possibilidade de correção das provas do certame pelo Poder Judiciário

É de se salientar que o concurso público é o procedimento administrativo que visa à escolha dos melhores candidatos para o preenchimento dos cargos e empregos públicos, tendo como fundamento os princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência. Ele é regulado pelo edital, verdadeiro ato administrativo de caráter concreto, que estabelece as regras básicas do processo seletivo.

É evidente que a discricionariedade impera no momento da confecção do edital, permitindo que a comissão examinadora fixe as disciplinas que serão examinadas nas provas, os critérios de julgamento dos exames, o número máximo de aprovados, a nota mínima para a classificação, a forma de revisão e o cronograma de aplicação dos exames.

Bem como a discricionariedade reside no momento da escolha das matérias que serão abordadas nas provas aplicadas aos candidatos, cabendo à banca optar por dada disciplina no universo de matérias que estavam previstas no instrumento convocatório, como defende Maia:

O poder discricionário residiria na delimitação in concreto do conteúdo programático previsto no edital na ocasião de confecção das provas; É dizer, a banca examinadora, diante do universo de opções constantes do edital, tem a liberdade de valorar e selecionar os trechos das disciplinas, matérias e temas que serão objeto específico de avaliação nas provas.¹

Em seqüência, faz-se oportuna a análise da natureza da conduta administrativa no momento da correção da prova objetiva e sua abordagem pela doutrina e jurisprudência, examinando a possibilidade de controle pelo Judiciário.

Impera o entendimento de que a valoração das notas em concurso público insere-se no campo da discricionariedade administrativa.

A banca examinadora efetua a correção das provas com base em um juízo de valor no qual prevalece a escolha administrativa desde que seja observado o tratamento isonômico a todos os candidatos.

Nesse contexto, a jurisprudência pátria consagrou o entendimento de que o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, que detém a competência privativa de atribuir

¹ MAIA, Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

às notas no concurso público. Somente compete ao órgão judicial efetuar o exame da legalidade do edital e do cumprimento das normas contidas no mesmo.

Com fulcro nessa orientação, não caberia ao Poder Judiciário apreciar o critério de formulação das provas e as notas atribuídas aos candidatos em observância à independência e à harmonia que deve reinar em um Estado Democrático de Direito.

A competência é, portanto, limitada ao exame de legalidade, sendo vedada a análise dos critérios subjetivos que pautarem a correção do certame.

Apenas a título exemplificativo, colaciono dois julgados proferidos pela mais alta corte brasileira que adotam o referido entendimento:

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 (MS 21176, Plenário). Agravo regimental improvido. [STF, RE-AgR 243056/CE, Rel. Min. Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 06.04.2001]

Recurso extraordinário. Concurso público. - Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade,

não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. [STF, RE 268244/CE, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 30.06.2000]

Contudo, a referida orientação, até então arraigada na doutrina e na mentalidade dos magistrados, vem sofrendo severas críticas por parte de brilhantes autores. Inclusive, os novos precedentes do Superior Tribunal de Justiça passaram a admitir a anulação de questões da prova objetiva pelo Poder Judiciário.

Com efeito, a conduta administrativa deve observar, necessariamente, os preceitos constitucionais, incluindo, em especial, os princípios, regras de otimização do sistema jurídico. Bem como todos os atos praticados pelo Poder Público podem ser controlados pelo Judiciário, na forma do art. 5º, XXXV, da Carta Política.

Assim sendo, os princípios da eficiência, da razoabilidade e da moralidade impõem que não subsista qualquer margem de conveniência no momento da elaboração da grade de correção da prova objetiva do certame. A banca examinadora deve, obrigatoriamente, pontuar unicamente as assertivas corretas.

Nessa linha de raciocínio, Almiro de Couto Silva apud Fabrício Marcio Cammarosano averbera que:

[...] o concurso público para admissão nos serviços do Estado é um procedimento sério de

seleção de candidatos, no qual deverá existir, em linha de princípio, a possibilidade de controle – não apenas administrativo, pelos caminhos dos recursos pertinentes – mas também de caráter jurisdicional, dos critérios de correção das provas, sob pena de poder transformar-se em fraude e burla dos interesses dos competidores. Já foi anteriormente ressaltado que a Administração pública não tem o poder incontestável de reputar como certo o que bem lhe parecer, pois isso seria arbítrio.²

A discricionariedade existente na fase interna no certame e no momento da confecção das provas cede lugar à vinculação a critérios técnico-científicos, relativamente ao resultado do certame. A atribuição de nota envolve legalidade, e não liberdade, motivo pelo qual o resultado da prova é um ato administrativo vinculado.

Lenoar Bendini Madalena salienta que:

Inicialmente, cumpre esclarecer que, sem sombra de dúvida, o resultado (gabarito oficial) divulgado pela comissão de concurso é ato administrativo vinculado. Isto porque, indubitavelmente, a única opção da comissão fica limitada em emitir a "*resposta correta/verdadeira*" à questão formulada ao candidato. [...] Da mesma forma, o edital, que é a lei do concurso, não pode conferir qualquer margem de discricionariedade à comissão, no que se refere também ao resultado (gabarito

² MOTTA, Fabrício. Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 178.

oficial) do certame.³

O professor Eros Roberto Grau, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, teve a oportunidade de examinar a natureza do ato de correção de prova realizada em concurso para professor, salientando que:

O concurso público é instaurado tendo em vista a escolha do melhor candidato ou dos melhores candidatos ao cargo público. A atribuição de notas aos candidatos é que instrumenta essa escolha, procedida – isso é evidente – mediante a formulação de juízo de legalidade e não de juízo de oportunidade. [...] Se admitíssemos que se verificasse, na hipótese, essa transmutação, estaríamos com isso a transformar o concurso público em mero expediente de legitimação de escolha pessoal da banca examinadora – escolha subjetiva, informada pela empatia de seus membros em relação a um ou outro candidato – o que é adverso à sua finalidade.⁴

Com efeito, não é crível que a administração vise à escolha do melhor candidato para obter o ingresso no serviço público e, simultaneamente, permita que a banca examinadora decida entre duas ou mais soluções admissíveis com base na conveniência e oportunidade. A subjetividade não persiste diante dos critérios técnicos inerentes ao concurso, baseados nos critérios

³ MADALENA, Lenoar Bendini. Controle jurisdicional nos concursos públicos. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6560>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

⁴ GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: RT, 1988, p. 175.

fixados anteriormente no instrumento convocatório.

Nesse mister, Maia defende que a banca examinadora se vincula às conseqüências de sua prévia escolha, visto que as questões formuladas serão avaliadas a partir de sua aplicação, sob enfoque puramente técnico-científico.⁵

Discorrendo sobre a evolução do princípio da legalidade no certame, o professor João Batista Gomes Moreira afirma:

[...] o efeito mais notório de concepção flexível do princípio da legalidade nos concursos e, porém, a abertura para mais extenso controle judicial dos critérios empregados e do conteúdo das provas, senão para substituir critérios de avaliação da banca examinadora, para afastar erros que possam ser verificados de plano, suscetíveis de apreciação em mandado de segurança, ou por meio de pareceres ou exames periciais, estes compatíveis com ação na qual se admite instrução probatória. A questão foi, recentemente, objeto de aprofundado estudo pelo professor Almiro do Couto e Silva, sob o título “Correção de Prova de Concurso Público e Controle Judicial”, concluindo que há espaço para apreciação judicial sobre se o gabarito oficial está em harmonia “com as soluções recomendadas pelo estado atual da ciência, da técnica e da arte.”⁶

Certos autores preferem o entendimento de que ainda persiste a discricionariedade na avaliação das provas, mas que está

⁵ MAIA, 2007, p. 106.

⁶ MOTTA, 2005, p. 135

limitada em adstringência aos postulados gerais do direito e ao conhecimento científico.

O promotor de Justiça Fábio Medina Osório assevera que existem limites à discricionariedade técnica no que se relaciona aos concursos nas áreas jurídicas, enfatizando que:

É que, precisamente, a Ciência Jurídica e as fontes formais do Direito constituem os limites técnicos à discricionariedade da Banca Examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Se existem limites técnicos, esses limites podem e devem ser controlados e fiscalizados pelo Judiciário. Por isso, quando a jurisprudência menciona a expressão “discricionariedade técnica”, há que se considerar a inarredável presença dos limites técnicos às liberdades de escolhas, pena de esvaziar-se o sentido lógico dessa espécie de discricionariedade, que é mais limitada do que outras modalidades. Essa discricionariedade não é pura, mas sim técnica, o que revela sua maior limitação frente à Ciência e aos paradigmas técnicos de controle e qualidade.⁷

No entanto, é importante salientar que o debate a respeito da natureza jurídica do instituto acaba por se tornar irrelevante no campo fático, diante dos resultados idênticos obtidos ao se defender a natureza vinculada ou discricionária do ato, na

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, n.º. 13, abril maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

medida em que ambas correntes permitem a retificação da conduta da Administração pelo Poder Judiciário e implicam na objetividade da avaliação das questões formuladas pela banca examinadora.

De fato, a jurisprudência e a doutrina atuais são assentes a respeito da possibilidade de controle do mérito administrativo a fim de conter abusos e visando à prevalência das regras matrizes do ordenamento jurídico, o que viabiliza a anulação de questões do certame pelo Judiciário independentemente da classificação adotada em relação ao ato administrativo perpetrado pela banca examinadora.

Com efeito, o resultado da seleção deve ser baseado em critérios técnicos e científicos, fornecendo a certeza a respeito da assertiva adequada, motivo pelo qual a Administração somente deve fornecer a resposta correta.

A proporcionalidade e a razoabilidade são princípios de observância obrigatória pelo examinador que impedem a correção das provas com esteio em critérios inadequados e que não guardam relação lógica com as normas técnicas que devem permear a avaliação.

Assim, o Poder Judiciário poderá realizar o exame das respostas conferidas pela Administração Pública.

Pelo exposto, devem ser mencionadas as lições de Maia e Pinheiro de Queiroz:

[...] a construção pretoriana vem, paulatinamente, deixando de aplicar o entendimento acima em situações que evidenciam, de forma patente, o equívoco da banca examinadora na avaliação e na correção

da prova objetiva. Não se trata, neste caso, de substituição dos critérios da Administração pelos do Poder Judiciário, mas de conformação da conduta da banca examinadora aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da eficiência, bem como aos parâmetros delineados pela técnica e pelos estados consagrados quando da realização e aplicação das provas objetivas.⁸

O Poder Judiciário poderá anular a questão do concurso público se restar devidamente caracterizado que a assertiva supostamente correta não guarda pertinência com o programa descrito no edital ou se existir erro material na questão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, corte com atribuição de unificar a jurisprudência infraconstitucional, vem entendendo que é aceitável a anulação da questão objetiva em situações excepcionais, quando o erro se manifesta de forma evidente, perceptível “*primo ictu oculi*”.

Observem-se os seguintes julgados:

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

⁸ MAIA, 2007, p. 198.

manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*. Precedentes. [...]

3. Recurso ordinário provido.

[STF, RMS 24.080/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 29.06.2007]

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. [STJ, REsp 722.586/MG, Rel. Min. Arnaldo Menezes Direito, DJ de 03.10.2005]

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA SUBSTITUTO. INABILITAÇÃO EM TESTE FÍSICO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. TERMO A QUO DATA DA EXCLUSÃO DO CERTAME. CARÁTER IRRECORRÍVEL DO TESTE FÍSICO E DE REDAÇÃO.

INCONSTITUCIONALIDADES
FLAGRANTES. PLEITO DE ANULAÇÃO
DE QUESTÃO DE PROVA OBJETIVA.
IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES
DESTA CORTE. [...]

3. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, somente nos casos de flagrante erro material, perceptível de plano, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público, sob pena de invadir a competência administrativa, substituindo a Banca Examinadora. Precedentes. [...] [RMS 15.742/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 16.10.2006]

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, quando 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 Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS nºs 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 nula 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 da sucumbência (grifos nossos).

[STJ, REsp 174291/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJ 29.05.2000]

Na esteira do exposto, pode-se asseverar que a resposta adequada para a indagação: “Qual é a capital do Brasil?” será, obrigatoriamente, Brasília.

A eventual incorreção na resposta conferida pela comissão para a indagação acima mencionada é aferível de plano, independentemente de perícia ou profunda reflexão intelectual. A resolução da questão é inquestionável e de conhecimento público, não podendo o Administrador adotar qualquer resolução incompatível com a supramencionada. Surge, em verdade, a incoerência em obstar que o Poder Judiciário corrija a conduta administrativa sob a mera alegação de que se trata de mérito do ato administrativo.

É importante salientar que a banca examinadora não tem a conveniência e a oportunidade em adotar como resposta do certame uma orientação isolada, ferindo o posicionamento técnico consolidado, salvo se o enunciado da indagação apontar expressamente o acolhimento da tese minoritária.⁹

Com efeito, não pode ser adotada proposição sem reconhecimento acadêmico, visando ao prestígio de determinado autor ou a beneficiar certo grupo, afrontando a isonomia e a moralidade que devem existir no certame.

Somente poderá ser empregada como critério de correção pela banca a tese minoritária que seja de conhecimento corrente na área de interesse, e desde que o edital aponte as obras que serão empregadas como fundamento para a realização da prova.

A orientação no sentido de que o equívoco cometido na prova objetiva deve ser aferível de plano não implica que o

⁹ MAIA, 2007, p. 108.

magistrado tenha que detectar sozinho a ilegalidade, mas que indivíduo dotado de conhecimento na área objeto de avaliação pelo certame possa aferir, com precisão, o erro após um mero exame da questão.

É fácil para um ministro, com um vasto currículo, analisar a correção a respeito de dada questão jurídica contida em exame para provimento de cargo privativo de bacharel em direito. No entanto, surge um evidente problema a respeito das provas que envolvem disciplinas não jurídicas, como a medicina ou a engenharia.

O perito, detentor de conhecimentos especiais e de nível superior na sua área de atuação, deve, então, ser nomeado a fim de auxiliar o magistrado na resolução das lides concernentes ao concurso público, como defende o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes acima citados.

3. Da invalidação das questões de provas objetivas – hipóteses de cabimento

Nesse ponto, deve-se anotar que a doutrina recente busca arrolar as hipóteses em que será possível a invalidação nas questões da prova objetiva pelo Poder Judiciário.

O Promotor de Justiça Fábio Medina Osório veicula lições de suma importância para o tema em foco, salientando que:

[...] uma Banca Examinadora não poderia, num concurso público dominado pela legalidade, igualdade, eficiência e impessoalidade administrativas, adotar qualquer dos seguintes

procedimentos ilícitos:

(a) eleger como correta uma alternativa incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes;

(b) exigir que se assinale a alternativa correta, quando não existem alternativas corretas e não há uma alternativa indicando que todas as demais estão incorretas;

(c) exigir que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas, gerando, com essa espécie de comportamento administrativo, perplexidade nos candidatos;

(d) propor uma questão/resposta ambígua, que deixe no espírito do candidato fundadas e razoáveis dúvidas quanto ao seu alcance e precisão, gerando perplexidade que dificulte a eleição da alternativa correta, ante a possibilidade razoável de que não esteja correta a alternativa ou que haja outra alternativa igualmente correta na mesma questão.¹⁰

Por sua vez, Lenoar Bendini Madalena apresenta linha de raciocínio semelhante, admitindo a correção da assertiva pelo Poder Judiciário para:

[...] - Verificar o acerto, ou não, da resposta dada pela comissão;

- Verificar o acerto, ou não, da alternativa assinalada pelo candidato (quando existir mais de uma resposta correta);

¹⁰ OSÓRIO, 2002.

- Ou ainda, verificar se a matéria ventilada numa determinada questão está, ou não, contemplada no edital.¹¹

O Superior Tribunal de Justiça também vem acolhendo entendimento análogo, conforme se pode observar no seguinte trecho do voto condutor prolatado pela Ministra Eliana Calmon:

O mero confronto entre as questões da prova e o edital pode ser suficiente para verificar a ocorrência de um defeito grave, considerando como tal não apenas a formulação de questões sobre matéria não contida no edital, mas também a elaboração de questões de múltipla escolha que apresentem mais de uma alternativa correta, ou nenhuma alternativa correta, nas hipóteses em que o edital determina a escolha de uma única proposição correta. [STJ, RMS 24.080/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 29.06.2007]

Percebe-se que a melhor exegese, após as explanações efetivadas acima, é a aplicação conjugada das situações apontadas pelos doutrinadores, devendo ser realizada uma análise individualizada das mesmas.

a) Adoção de alternativa incorreta como correta ou inexistência de alternativa verdadeira

A comissão examinadora tem o dever jurídico de somente pontuar a alternativa correta para certa questão.

É patente a afronta ao princípio da legalidade ao se

¹¹ MADALENA, 2005.

atribuir a alternativa incorreta como correta, permitindo que os candidatos mais despreparados logrem êxito no certame. A eficiência e a moralidade impõem, como já dito, que a Administração somente estabeleça como correta a assertiva acolhida pela maioria dos pesquisadores do ramo selecionado de conhecimento pelo certame, o que pode ser aferido por meio de perícia.

A razoabilidade, que predomina na atualidade, não coaduna com o erro na correção da prova, na medida em que viola o bom senso que não prevaleça à posição acolhida pela maioria, sob o mero fundamento de existência de discricionariedade administrativa, que, em verdade, esconde uma pecha de arbitrariedade.

Para Madalena, “[...] não resta dúvida que se a comissão emitir como resposta aquela que não for a verdadeira, estará ferindo frontalmente o princípio da moralidade pública, tornando o ato imoral e passível de invalidação.”¹²

Adotar entendimento contrário abriria caminho para ilegalidades advindas da concessão de privilégios a determinados grupos que detenham conhecimento a respeito de determinada tese minoritária, implicando em burla a seleção e a competitividade inerente ao certame. De fato, a Administração poderia beneficiar somente os candidatos que apresentassem o conhecimento das posições minoritárias adotadas pelos examinadores, em detrimento da maioria dos candidatos.

Nesse sentido, Maia afirma que:

Quando se afirma que a banca examinadora não pode ‘eleger como correta uma alternativa

¹² MADALENA, 2005.

incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes' não se está afirmando, com isso, que a corrente majoritária seja sempre a melhor, mas é a única que oferece elementos mais objetivos e seguros para a preservação da isonomia entre os candidatos e da impessoalidade do certame.¹³

Bem como devo salientar a orientação adotada por Osório:

Não se argumente que a intervenção judicial abalaria o princípio da igualdade, sob o pretexto de que não seria exclusivamente a Banca que estaria a corrigir provas, quebrando a uniformidade de critérios com a introdução dos parâmetros e valorações do Judiciário em detrimento daqueles consagrados pelas autoridades administrativas. A Banca tem o poder primário de elaborar e corrigir as provas, estipulando, discricionariamente, seus critérios. Cremos que ninguém ousaria discutir essa assertiva. O que não se admite é a possibilidade de a Banca efetuar qualquer espécie de correção, inclusive arbitrária, ao abrigo da idéia absolutista e ultrapassada da imunidade aos controles externos, da mesma forma como seria intolerável que a Banca formulasse perguntas sobre matérias não previstas no Edital do concurso. Inexistem imunidades às Bancas examinadoras, porque, como toda e qualquer outra autoridade administrativa, a Banca está submetida ao império da Lei e do Direito, é dizer, seus atos traduzem decisões jurídicas, não de pura força

¹³ MAIA, 2007, p. 109.

bruta. Autoridade não se confunde com autoritarismo.¹⁴

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar demanda em que se discutia a ausência de resposta correta em questão da prova objetiva, determinando a anulação da mesma. Observe-se:

Hipótese em que, por perícia judicial, não questionada pela parte ex adversa, foi constatada a ausência de resposta correta em questão de prova objetiva, em flagrante desacordo com o gabarito oficial e com o edital do certame, ferindo o princípio da legalidade. [STJ, REsp 471.360/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 16.10.2006]

b) Questão com duas assertivas corretas

Igualmente é nula a questão na qual restam presentes duas alternativas corretas, gerando dúvida fundada no candidato no momento de marcar a alternativa.

Ao abordar o tema em comento, Osório defende que:

Aqui, igualmente, há um problema de legalidade bastante sério. A Administração não pode confundir os candidatos com afirmações e premissas equivocadas. Se o administrador diz que há uma única alternativa correta e, em realidade, ao menos duas existem, a questão é nula, como um todo. A legalidade assim o impõe. O enunciado da questão, em sua origem, resulta equivocado, pois não há uma

¹⁴ OSÓRIO, 2002.

única alternativa correta. Esse equívoco gera perplexidade no candidato, confundindo-o, ensejando maiores espaços aos equívocos, em franca vulneração ao princípio da moralidade administrativa, que abarca exigências de boa fé objetiva da Administração Pública.¹⁵

Sintetizando, Carvalho Filho salienta, brilhantemente, que: “Se o interessado comprova que há mais de uma alternativa, a questão é de legalidade, e o Judiciário deve anular a questão, atribuindo ao candidato os pontos que ele perdeu.”¹⁶

c) A banca examinadora formula questão manifestamente ambígua.

Não se deve admitir que a banca examinadora efetue proposições confusas e incongruentes. Ao contrário, é imperioso a existência de um texto claro, que não gere dúvidas. De fato, o erro que impossibilita os candidatos de apurarem a única alternativa correta viola a legalidade.

A dubiedade pode gerar no candidato a irreal construção intelectual de que a questão mal formulada é, na verdade, um equívoco deliberado da comissão examinadora. É o que pode ocorrer, v.g, se o examinador cambiar, equivocadamente, as expressões mandado e mandato.

Na atual conjuntura do concurso público os candidatos deixam de ser classificados e nomeados por frações decimais, não se podendo admitir que o concursando seja lesado em virtude de

¹⁵ OSÓRIO, 2002.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 571.

um equívoco na elaboração das proposições pela banca, gerando dúvidas a respeito de sua validade.

Para Medina:

Pode ocorrer que a Banca venha a formular questões/respostas confusas, intoleravelmente ambíguas, recheadas de expressões ambivalentes, equívocas, duvidosas, seja pelo contexto em que inseridas, seja por desacertos semânticos. Aqui, o problema é de interpretação da questão/pergunta, mas não se pode olvidar do fato de que tanto os questionamentos quanto as respostas propostas devem revestir-se de suficientes clareza e precisão, sem deixar margens intoleráveis a dúbias interpretações ou razoáveis perplexidades e incertezas quanto ao alcance e sentido que lhes caracterizam.¹⁷

d) Questão em desacordo com as matérias veiculadas pelo edital.

Por fim, a existência de questão que abrange tema não fixado anteriormente no edital viola patentemente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

É manifesto o erro material cometido pela banca examinadora que elabora questão em desacordo com o edital, introduzindo matéria previamente retirada das disciplinas objeto de exame no concurso.

Não é crível que o candidato após um longo e árduo

¹⁷ OSÓRIO, 2002.

período de estudo, empregando como roteiro o edital, depare-se no momento da relação da prova com questão totalmente dissociada do conteúdo previamente fixado.

O conteúdo programático contido no edital fixa os limites para as disciplinas a serem abordadas nas provas objetivas e discursivas.

Assim, Madalena ressalta que:

É justamente por isso que, em havendo indagações sobre matérias não contempladas no edital, anula-se toda a questão. Antes disso, contudo, compete ao judiciário analisar comparativamente a essência da questão com o conteúdo programático previsto no edital.¹⁸

Não obstante, as modificações legislativas supervenientes à publicação do edital podem ser cobradas no concurso desde que guardem relação com as disciplinas veiculadas no instrumento convocatório. Decorre, implicitamente, do próprio edital que as matérias abordadas no mesmo e que forem objeto de modificação legislativa poderão ser objeto de avaliação.

É o que ocorreu no concurso para o provimento de cargos do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, no qual as provas continham questões afetas à Emenda Constitucional nº 45/04, publicada posteriormente à elaboração do instrumento convocatório.

Ao apreciar o referido edital, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

O fato de a Emenda à Constituição que prevê a reforma do Poder Judiciário ter entrada em

¹⁸ MADALENA, 2005.

vigor após a publicação de edital não inviabiliza a formulação de questões a seu respeito, tendo em vista que o seu conteúdo apresenta pertinência com aquele previsto no edital. [STJ, RMS 21.650/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 02.10.2006]

4. Do controle sobre a prova discursiva

Inicialmente, deve-se salientar que existe uma acentuada carga de discricionariedade por parte da banca examinadora no momento da confecção e da correção das provas subjetivas.

As provas subjetivas, que abrangem a prova discursiva e a oral, impõem ao concursando apresentação de conhecimento mais minucioso a respeito do tema proposto, permitindo o desenvolvimento do raciocínio dissertativo da resolução.¹⁹ Assim, serão sopesados não apenas os conhecimentos técnicos, mas a coerência e a clareza na exposição do tema proposto.

De fato, a gama de variáveis envolvendo a prova discursiva é evidente, não se podendo fixar, diante dos inúmeros parâmetros técnico e cientificamente aceitáveis, a solução que atenda mais adequadamente ao interesse público e aos critérios valorativos dos examinadores.²⁰

Ao abordar a prova discursiva, Maia e Pinheiro de Queiroz ressaltam que:

¹⁹ MAIA, 2007, p. 105/106.

²⁰ MAIA, 2007, p. 112.

[...] afigura-se de todo inviável, em linha de princípio que a comissão de concurso, previamente, estabeleça todos os parâmetros objetivos para a aferição dos candidatos em sede de provas discursivas, uma vez que uma gama de fatores complexos e inter-relacionados contribuirão para a aplicação, a avaliação e a correção das proposições formuladas, o que impossibilita a confecção de uma solução unívoca e de caráter excludente de outras possibilidades abertas por essa espécie de prova de conhecimento.²¹

É grande a dificuldade em se fixar uma solução única sobre a matéria abordada na prova, sendo que serão observadas, no momento da avaliação, questões que transcendem ao mero conteúdo da prova, englobando o desenvolvimento do texto, a correção gramatical, a capacidade argumentativa e a apresentação do tema.

Os examinadores poderão conceder pontuação elevada para candidatos que não acolheram a tese majoritária a respeito do tema proposto, mas que apresentam uma coerência ao longo de seu desenvolvimento, explanando cientificamente os elementos que o levaram a defender certa teoria. É uma posição sensata diante da divergência de posições científicas e técnicas que reina em alguns ramos do conhecimento, especialmente, nas ciências humanas.

Não se está defendendo que a banca examinadora seja obrigada a acolher todas as teses expostas pelos candidatos, mas que em determinadas situações, em razão do perfil desejado para o cargo, ela pode premiar a capacidade de criação argumentativa e da estruturação do conhecimento, em detrimento da defesa das

²¹ Ibid., p. 112.

posições mais remansosas.

Não obstante, é preferível que a comissão elabore uma resposta-padrão a fim de evitar abusos no momento da correção do exame, dotando de maior objetividade do concurso.

A avaliação do exame discursivo deve ser motivada de forma explícita, contendo os critérios empregados para a correção (chave de resposta) da prova. É um direito dos candidatos que independe de previsão editalícia e viabiliza o exercício do direito de defesa.

Para Carvalho Filho:

[...] a avaliação das respostas levada a efeito pelos examinadores pode levar em considerações vários aspectos além do fator estritamente ligado ao conhecimento. Nesses casos, não há como evitar que as bancas examinadoras sejam dotadas de certo poder discricionário para avaliar as respostas e chegar à sua graduação.²²

No entanto, deve-se efetuar uma ressalva em relação ao tema, aplicando analogicamente a jurisprudência mencionada no decorrer da análise do controle das provas objetivas.

Será cabível o controle a respeito da resposta correta se o equívoco cometido pela banca examinadora for aferível “in locu”, ou seja, quando se tratar de um erro evidente.

Os erros de correção que podem ser aferidos com base em um senso comum devem ser sanados pelo Poder Judiciário.

É uma medida que visa a proteger o candidato de

²² CARVALHO FILHO, 2005, p. 571.

condutas inadequadas perpetradas pela banca examinadora e que encontra fundamento na violação aos princípios cogentes do ordenamento jurídico.

Assim, se a Administração Pública asseverar que houve erro gramatical em certa linha da redação e a mesma se encontra em branco, resta patente que a comissão não adotou, objetivamente, a solução adequada.

Bem como não devem ser admitidas respostas que afrontam o bom senso, implicando em violação à razoabilidade, que estabelece a necessidade da Administração obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional.

Infringe, portanto, a razoabilidade admitir qualquer resposta que se afaste do bom senso.

Veja-se um exemplo que ilustra bem a questão.

Em um concurso para o cargo de professor das primeiras séries do ensino fundamental (1ª a 4ª série), a resposta correta a indagação a respeito do indivíduo que descobriu a América será Cristóvão Colombo. Porém, é viável que o candidato adote outra linha de raciocínio, com base em estudos recentes e que não são de conhecimento da coletividade, afirmando, v.g., que os vikings chegaram a América anteriormente a Colombo, motivo pelo qual os portugueses não foram os primeiros europeus no continente.

O que não é admitido é que a Administração estabeleça essa última corrente como única resposta correta, porque os conhecimentos necessários para o cargo público que exige ensino superior em qualquer área não coadunam com a exigência de erudição aprofundada em história.

Situação diferente ocorreria se o concurso fosse para o provimento de cargo do departamento em história de Universidade Federal, no qual a comissão deve exigir conhecimentos incisivos de história dos candidatos, o que comprova que a razoabilidade deve ser aferida no caso concreto.

Correta é a tese defendida por Maia:

Se é certo, de um lado, que a liberdade outorgada às bancas examinadoras em sede de provas discursivas é imprescindível para resguardar sua autonomia administrativa e para garantir uma seleção adequada e criativa dos futuros agentes públicos, á vista dos conhecimentos técnicos e científicos exigidos para o eficiente exercício dos cargos e dos empregos públicos ofertados no certame, também é verdade, de outra banda, que tal poder discricionário da comissão não se pode converter em manto de impunidade dos examinadores, em ordem a acobertar toda sorte de vícios de legalidade no ato de aplicação e correção das provas dissertativas, como o abuso de poder, o desvio de finalidade e outras condutas inequivocamente lesivas à seara dos direitos subjetivos dos candidatos.²³

O controle jurisdicional é admissível em virtude de seu papel na defesa em razão de violações aos direitos individuais, especialmente sobre o espectro da legalidade e da razoabilidade.

O TRF da Primeira Região reconheceu a possibilidade de anulação de questão discursiva pelo Poder Judiciário no seguinte precedente:

²³ MAIA, 2007, p. 204.

A impugnação por meio de ação judicial a textos de questões, gabaritos e correções de provas objetivas ou discursivas de concursos públicos vêm sendo admitida em relações a erros materiais que não suscitem dúvida ou em casos de flagrante omissão por parte da banca examinadora, pois 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 do administrador 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. [TRF 1ª REGIÃO, AC 2006.38.00.006344-8/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ de 19/04/2007]

Insta ressaltar ainda a validade do detalhamento dos critérios empregados na correção da prova subjetiva na planilha de avaliação de provas (grade de resposta) se os critérios gerais estiverem expressos no edital e desde que a planilha guarde coerência com eles. De fato, o edital deve fixar o modo de correção da prova discursiva, mas isso não significa que todos os parâmetros devem estar minuciosamente declarados no instrumento convocatório.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

A divisão dos critérios de avaliação da prova discursiva em subitens, por si só, não gera qualquer ilegalidade, desde que estes não constituam novos parâmetros de correção não previstos na norma editalícia. Desse modo, se os subitens constantes da planilha de correção

apenas detalham o critério anteriormente previsto, guardando total correspondência com o item a que se referem, conforme reconhecido pelo Tribunal a quo, não há qualquer malferimento ao princípio da vinculação ao edital. [STJ, REsp 772.726/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 06.08.2007]

5. Da revisão da nota atribuída na prova oral pelo órgão julgante

Finalmente, a prova oral é marcada por um alto grau de subjetivismo, tolhendo de forma acentuada a fiscalização pelo Judiciário em relação à correção da pontuação conferida ao candidato.

Logicamente, o órgão jurisdicional não poderá aferir os critérios de correção adotados pela banca examinadora diante de sua acentuada carga de discricionariedade. É o teor extraído do seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO
PÚBLICO. PROVA ORAL. OFENSA AO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE.
INEXISTÊNCIA.

- O caráter subjetivo é inerente ao exame oral, assim o maior ou menor tempo utilizado depende exclusivamente do conhecimento e de cada candidato, o que não fere o princípio da igualdade.

- A competência do Poder Judiciário se limita

ao exame da legalidade das normas instituídas no edital, sendo vedado o exame das questões das provas, cuja responsabilidade é da banca examinadora. [TRF 5ª REGIÃO, MS 92575, Processo: 200505000404550/PE, Rel. Dês. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 10/05/2006]

É importante ressaltar, em conclusão ao tema, que não é admissível a valoração da nota atribuída ao candidato salvo se, comprovadamente, caracterizada a violação ao princípio da isonomia, o desvio ou o abuso de poder. Portanto, somente em hipóteses excepcionais é que poderá ocorrer a correção da nota atribuída na prova oral.

Controle que foi efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar demanda em que certos candidatos foram beneficiados pelo arredondamento de nota na prova oral em detrimento do impetrante. A decisão primou pela observância ao princípio da isonomia, asseverando que o benefício concedido a um concorrente deve ser deferido aos demais, se ambos se encontrarem na mesma situação fática.²⁴

6. Conclusão

Diante do arrazoado, a discricionariedade que existe no momento da confecção das provas cede lugar à vinculação a critérios técnico-científicos quando da correção dos exames pela banca examinadora.

²⁴ STJ, RMS 11999/ES, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 23.04.2001

Os princípios constitucionais impõem que o administrador somente conceda a pontuação para os candidatos que marcaram a assertiva correta com base em padrões técnicos, de maneira que a Administração Pública não pode se valer de uma suposta discricionariedade para eleger a resposta errada como correta.

Em decorrência, a concepção tradicional da jurisprudência no sentido de que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito do ato administrativo e corrigir a prova ministrada no concurso público vem cedendo espaço a orientações mais vanguardistas que asseguram o direito de candidatos lesados pela conduta indevida de bancas examinadoras.

Surge, assim, a possibilidade de anulação da questão do concurso público pelo Poder Judiciário quando restar comprovado o erro evidente perpetrado pela Administração Pública, seja em relação à prova objetiva ou subjetiva.

7. Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

MADALENA, Lenoar Bendini. *Controle jurisdicional nos concursos públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6560>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

MAIA, Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Fabrício. *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, n.º. 13, abril maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

