

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DEVAIR DE SOUZA LIMA JÚNIOR

**OS CRITÉRIOS ADOTADOS POR BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO NÃO
PODEM SER REVISTOS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Brasília,
JULHO 2016

DEVAIR DE SOUZA LIMA JÚNIOR

**OS CRITÉRIOS ADOTADOS POR BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO NÃO
PODEM SER REVISTOS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Monografia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientador: Dr. Diogo Rais Rodrigues Moreira

BRASÍLIA,
JULHO 2016

DEVAIR DE SOUZA LIMA JÚNIOR

**OS CRITÉRIOS ADOTADOS POR BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO NÃO
PODEM SER REVISTOS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho apresentado como requisito à
obtenção da aprovação na disciplina de
Monografia da Pesquisa Jurídica no âmbito
da pós-graduação de Direito Administrativo
da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Dr. Diogo Rais Rodrigues Moreira
Professor Orientador

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade de modificação, via Poder Judiciário, dos critérios de correção adotados por Banca Examinadora em certames públicos. Para chegar a uma conclusão, é preciso, inicialmente, conceituar concurso público e analisar a sua finalidade, bem como a legislação e os princípios constitucionais que regem o instituto. Após, entender as diferenças existentes entre os atos vinculados e discricionários, uma vez que este último, em regra, configura o mérito administrativo, matéria em que é defeso a indevida intromissão do Poder Judiciário. Com a devida definição dos pontos acima, passamos a analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que tem se posicionado de forma desfavorável à intervenção, demonstrando, contudo, que alguns pontos de divergência, como é o caso dos erros grosseiros. Por fim, tratamos do processo que foi julgado em sede de repercussão geral sobre o tema e do Projeto de Lei em trâmite que visa regular a matéria, demonstrando a sua ineficácia frente às dificuldades a serem enfrentadas.

Palavras-chave: Concurso. Ato Discricionário. Mérito Administrativo. Poder Judiciário. Repercussão Geral.

ABSTRACT

This study aims to examine the possibility of modification of appraisal criterion by Judiciary, those should be changed, sometimes, for the examining board in public exhibitions. To reach a conclusion, it is necessary, initially, conceptualize tender and analyze their purpose, and the legislation and the constitutional principles governing the institute. After understand the differences between the related acts and discretionary, since the latter, usually set the administrative merit, matter which is closed to undue interference of the judiciary. Finally, we made a case study, that was judged on overall impact, about the project of law, that is intended to regulate the matter, demonstrating their ineffectiveness in the face of difficulties to be faced.

Keywords: Competition. Discretionary Act. Administrative merit. Judicial power. General Effect.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPITULO I CONCURSO PÚBLICO, UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA FINALIDADE, DO SEU MODO DE ELABORAÇÃO E DOS SEUS REQUISITOS.....	8
1.1 Concurso Público.....	8
1.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública.....	10
CAPITULO II DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA, POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS SEUS ATOS.....	15
2.1 Mérito Administrativo – Violação ao Princípio da Separação dos Poderes.....	19
2.2 Controle Jurisdicional dos Atos Vinculados e Discricionários.....	21
2.3 Possibilidade de Controle Judicial dos Atos das Bancas Examinadoras.....	24
CAPITULO III ANÁLISE DO JULGAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 632.853).....	37
3.1 Novidades Trazidas Pelo Projeto de Lei dos Concursos – Contrário a Repercussão Geral.....	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O concurso público, apesar de sofrer inúmeras críticas, tem demonstrado ser a melhor forma de seleção de candidatos que almejam um cargo público, pois assegura, em regra, que tais cargos sejam ocupados pelos mais qualificados e, com isso, garante que haja eficiência na prestação dos serviços públicos.

Mas não é só, como se estudará no primeiro capítulo do artigo, essa forma de avaliação também se presta a atender o princípio da isonomia entre os candidatos, pois, aos submetê-los a mesma avaliação e avaliá-los em conformidade com os mesmos padrões de correção, assegura-se que tenham as mesmas chances/possibilidades de aprovação.

Ocorre que tais certames são de competência administrativa dos órgãos ou entidades nos quais serão lotados os aprovados, que os executam, em regra, por meio de empresas (Bancas Examinadoras) contratadas para tal finalidade.

Assim, é elaborado um Edital de Abertura, o qual será a Lei de regência do certame, cabendo à entidade/órgão informar neste documento quais os cargos e definir os requisitos para a participação no certame; os prazos e datas das inscrições e provas; as matérias que serão cobradas; dentre outras informações.

Nesse trabalho vamos nos ater ao conteúdo das questões formuladas pelas Bancas Examinadoras e os critérios de correção adotados, principalmente no que tange ao Exame de Ordem Unificado da OAB, que, em razão da grande quantidade de inscritos, se tornou, provavelmente, o que mais vem sendo judicializado. Ademais, será ainda trabalhada a possibilidade de revisão de tais parâmetros pelo Poder Judiciário, que será o foco do segundo capítulo, logo após ser delimitado o poder discricionário da administração pública.

Será analisado ainda no segundo capítulo o posicionamento atual dos Tribunais em relação ao tema. Sabe-se que a jurisprudência dominante é no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário recorrer às provas de certames públicos e nem mesmo modificar os critérios de correção da Banca Examinadora, senão quando houver ilegalidades ou inconstitucionalidades no certame.

Contudo, ainda é possível encontrar precedentes jurisprudenciais que aceitam a intervenção do Poder Judiciário quando houverem “erros grosseiros”, contudo sem especificar objetivamente o que seria um erro grosseiro. Nesse ponto se constata

relevante insegurança jurídica, principalmente em certames jurídicos por haver conflitantes teorias e posicionamentos.

No terceiro capítulo, será realizado uma análise acerca do processo que foi julgado em sede de repercussão geral acerca da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que analisará o efeito dessa decisão sobre os demais Tribunais no país.

Ainda, será realizado um estudo acerca dos principais dispositivos do projeto da Lei dos Concursos, avaliando se o texto normativo, caso aprovado e sancionado, se será a resposta ao problema existente.

Nesse contexto, o presente trabalho se presta a analisar a ofensa ao princípio da isonomia que ocorre a partir da modificação dos critérios de correção para apenas um ou uma parcela dos candidatos, bem como a garantia de ser auferido pelo Poder Judiciário a possível lesão ou ameaça de direito dos candidatos.

CAPÍTULO I

CONCURSO PÚBLICO, UMA ANÁLISE ACERCA DA SUA FINALIDADE, DO SEU MODO DE ELABORAÇÃO E DOS SEUS REQUISITOS

Antes de adentrar no ponto nodal do presente trabalho – possibilidade de modificação dos critérios de avaliação adotados por Banca Examinadora serem modificados pelo Poder Judiciário – é imperioso um breve estudo acerca dos certames públicos e dos princípios constitucionais aplicáveis ao tema.

1.1 CONCURSO PÚBLICO

O concurso público está instituído em nosso ordenamento no artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988, o qual prescreve que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei".

Contudo, a Constituição de 1934¹ foi a primeira a versar acerca da necessidade de concursos de provas e títulos para a "primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas", isso em seu artigo 170, §2^o.

O tema passou por algumas alterações nas constituições posteriores, que não serão levadas em consideração por não ser o foco do trabalho, mas com a Constituição Federal de 1967 e, após, com a de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, foi que, de fato, exigiu-se concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos e dispôs acerca do prazo de validade; proibição de acumulação de cargos; estabilidade e etc.

Tais informações foram colhidas em artigo jurídico publicado por Rudi Cassel e Jeronimo Paludo, os quais fazem um breve estudo acerca da evolução histórica do instituto do concurso público no Brasil, conforme:

O concurso público nasceu com a Revolução Constitucionalista de 1932, quando Getúlio Vargas promulgou, em 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, estabelecendo mecanismos imparciais para o provimento de cargos públicos.

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 20/06/2016

² Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;

Contudo, só em 1967 o certame se tornou obrigatório para o provimento de todos os cargos, excetuando-se os cargos em comissão. A Constituição de 1988 seguiu essa exigência no seu artigo 37, inciso II.³

Quanto ao conceito de concurso público, Carvalho Filho⁴ ensina que o instituto seria o procedimento administrativo que visa aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos para o cargo. Segundo o ilustre Doutrinador, na aferição pessoal, a administração analisada a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em concorrer ao cargo, enquanto aos aspectos seletivos, se obedece a ordem de classificação. Enfim, trata-se do meio mais idôneo de recrutamento de serviços públicos.

Mas, neste trabalho, daremos especial atenção ao conceito fornecido pelo por Hely Lopes Meireles, que ressalta, mesmo que de modo indireto, os princípios constitucionais que serão imprescindíveis para que haja uma conclusão lógica, conforme:

Posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37,II, CF⁵.

Verifica-se pelo trecho destacado da doutrina supracitada que com o concurso público se visa obter moralidade (eliminar o nepotismo, por exemplo), eficiência e propiciar isonomia (impessoalidade) entre os candidatos. Ou seja, dos cinco princípios destacados no artigo 37 da Constituição Federal⁶ em vigor, pelo menos três estão destacados no breve conceito.

Por esse motivo, bem como por ser imprescindível a demonstração de que a interferência irrestrita do Poder Judiciário causa a quebra da isonomia entre os

³ CASSEL, Rudi e PALUDO, Jeronimo. Disponível em <http://www.direitodosconcursos.com.br/artigos/concurso-publico-e-processo-seletivo-simplificado-breves-comentarios/>. Acessado em 21/07/2016.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 7a ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris (2001) fls. 472.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24a ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade et alli. São Paulo: Malheiros (1999) fls 387.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

candidatos, trataremos de alguns aspectos dos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Em primeiro lugar, os concursos públicos visam garantir que haja isonomia entre os candidatos. O princípio da isonomia, o mais importante a ser estudado para o tema, encontra-se previsto na Constituição Federal. Inicialmente, a previsão ocorre no artigo 5º, da Constituição Federal:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

No mesmo artigo existem outros incisos que demonstram a importância de se tratar com isonomia todos aqueles que são submetidos a lei, como, por exemplo, a igualdade entre os sexos; de credo religioso; jurisdicional e etc.

O referido princípio é tão importante para Estado Democrático, que mereceu ser citado, inclusive, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, conforme:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

De acordo com o professor Marçal Justem Filho⁷, o princípio da isonomia tem como faceta o princípio da impessoalidade, princípio previsto no artigo 37 da Constituição Federal⁸, que sendo que o último, que se dará maior atenção, é específico para a aplicação da lei pelo estado.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Para o mesmo doutrinador⁹, a impessoalidade não afasta e existência de tratamento igualitário para os iguais e nem mesmo o tratamento não igualitário para os desiguais, cabendo as normas legais consagrar as discriminações. Quanto ao tema, concursos públicos, o referido princípio se destaca quanto aos requisitos para o cargo (idade e sexo), bem como quanto às condições físicas, psíquicas e sociais dos candidatos (cotas para negros e deficientes físicos). Nestes casos, a lei determina que sejam tratados de forma desigual os candidatos em razão de suas desigualdades.

De modo mais específico, acerca do princípio da isonomia em matéria de certames públicos, enfatiza o professor Adilson Abreu Dallari¹⁰:

É incompatível com a ideia de concurso público a utilização de critérios subjetivos, secretos, meramente opinativos, de foro íntimo, que de qualquer forma possam afetar a publicidade do certame e a rigorosa igualdade de tratamento entre os candidatos. (...) Em resumo, o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 00134675620148190000¹¹, demonstrou um dos casos em que se aceita a diferenciação dos requisitos ao acesso ao cargo em razão do gênero feminino, afirmando que o “Tratamento diferenciado que é inerente à natureza do cargo de policial militar e encontra amparo na Lei Estadual nº 476/1981. Observância dos pressupostos de criação de requisitos diferenciados para o acesso ao cargo público (CF, art. 39, § 2º)”

Contudo, em que pese essas exceções, daremos maior atenção a regra geral. Inclusive, quanto a regra, o Professor Hely Lopes Meirelles¹² ensina que “A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos”.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

¹⁰DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 37.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Administrativo. Agravo de Instrumento n. 0013467-56.2014.8.19.0000, da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 11 de abril de 2014. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116620027/agravo-de-instrumento-ai-134675620148190000-rj-0013467-5620148190000>. Acesso em 15/07/2016.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 421.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 523737/MT¹³, destacou a importância do princípio da isonomia, bem como deixou claro que o tratamento distinto decorre de lei.

Outro princípio que está ligado ao tema é o da eficiência/eficácia¹⁴, pois este se coaduna intimamente ao dever da administração de evitar o desperdício e a falha. Logo, quando há uma seleção dos ocupantes dos cargos e funções públicas, se pressupõe que aqueles ocupantes são os mais bem preparados, o que, em tese, garante que haja eficiência na prestação dos serviços públicos.

Por fim, o concurso público é um dos meios de se garantir que haja moralidade administrativa quando da contratação daqueles que desempenharam as atividades públicas, tanto que tal princípio foi primordial para que a Súmula Vinculante 13¹⁵ fosse aprovada, *in verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.¹⁶

Verifica-se que há precedentes da Suprema Corte que atrelam o princípio da moralidade à Súmula acima citada. No julgamento do mandado de segurança nº 24020¹⁷, o Relator, Ministro Joaquim Barbosa tratou da nomeação para cargos em contrariedade com o princípio da moralidade.

Portanto, temos que o concurso público, procedimento administrativo e devidamente disciplinado pela Constituição Federal, está fundado nos princípios constitucionais descritos no artigo 37, *caput*, dentre os quais se trabalhará, com mais afinco, com o da impessoalidade, eficiência e moralidade.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário n. 523737 MT, da 2ª Turma. Relatora Ellen Gracie. Publicado em 06 de agosto de 2010.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 205.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Súmula Vinculante n. 13. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acessado em 11/06/2016.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança nº 24020, da 2ª Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 6.3.2012, DJe de 13.6.2012

Ocorre que o instituto – concurso público, apesar de ser amplamente debatido na carta magna e na lei 8.112/1990, não possui uma norma específica de regência, a qual está sendo debatida pelo poder legislativo¹⁸ (PL 6004/13), projeto que será amplamente tratado no último capítulo do presente trabalho, pois, a princípio, resolveria a problemática da indevida interferência do Poder Judiciário.

Logo, após essa breve descrição do que seriam os certames públicos, suas finalidades e base legal, passaremos agora a estudar a discricionariedade das Bancas Administrativas de elaborar e corrigir - de acordo com um padrão de respostas – as provas dos candidatos.

¹⁸ Projeto de Lei dos Concursos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/115608.pdf>. Acessado em 01/06/2016.

CAPITULO 2

DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA, POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS SEUS ATOS

Antes de adentrar no foco do presente trabalho, que é a possibilidade de controle judicial dos atos das Bancas Examinadoras, imperioso que se faça também uma breve análise dos atos vinculados e discricionários, de modo a demonstrar os limites do Poder Judiciário frente ao mérito administrativo.

De acordo com o que ensina Dirley da Cunha Jr¹⁹, “o poder vinculado ou regrado é aquele que a lei Confere à administração pública para a prática de sua competência, determinando desde logo os elementos e requisitos necessários à sua formalização”. Arremata o Doutrinador que os atos vinculados são os que estão previamente estabelecidos na lei, ou seja, que não há por parte da Administração Pública possibilidade de apreciação de aspectos relacionados à oportunidade e conveniência.

Portanto, cabe à administração apenas editá-los, ou seja, fazer o que a lei determina no caso de estarem todos os requisitos legais presentes. Ressalta-se que este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme pode-se depreender do julgamento do AgRg no AREsp 139.430/DF²⁰ e do REsp 960.332/RS²¹

Como o ato vinculado não é foco do presente trabalho, a discricionariedade administrativa terá maior atenção.

Ao ensinar acerca do tema discricionariedade, o professor Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que se trata da possibilidade existente para a escolha de um ou outro comportamento, assim se posicionando:

A discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente²².

¹⁹ CUNHA JR, Dirley, **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: JusPodivm, 2014, p. 78.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial n. 139.430/DF, da 2ª Turma. Relator Humberto Martins. Publicado em 25 de maio de 2012.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial n. 960.332/RS, da 5ª Turma. Relator Jorge Mussi. Publicado em 03 de agosto de 2009.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29, ed., São Paulo: Malheiros, 2012. p. 988/989.

Para o professor Marçal Justem Filho, a discricionariedade administrativa, em linhas gerais, se trata:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

(...)

Quando a disciplina jurídica restringe a autonomia de escolhas da autoridade administrativa, há vinculação; quando a norma cria intencionalmente margens de autonomia, há discricionariedade. Lembre-se, no entanto, que a intensidade da vinculação e da discricionariedade é variável. Há graus diversos de autonomia, que variam caso a caso²³.

Portanto, de acordo com uma avaliação prévia acerca do tema, a discricionariedade administrativa nada mais é do que a margem de escolha do administrador que existe quando a lei não determinar a solução para o caso concreto.

A Ilustre Professora Maria Silvia Zanella di Pietro²⁴ ensina que a discricionariedade existe nos espaços deixados pela lei. Segundo ela, “nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador”, arrematando que a discricionariedade, normalmente, existe:

A - Quando a lei expressamente confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;

B - Quando a lei é omissa, porque não é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico;

C - Quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante da lesão ou ameaça de lesão a vida, à segurança pública, à saúde²⁵.

Ademais, ensina ainda a professora supracitada²⁶ que - acerca dos elementos do ato administrativo - com relação ao sujeito e a finalidade, o ato é sempre vinculado.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2015. p.228.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 216.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 205

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 216.

Já a forma, em regra, também será vinculada, pois a lei previamente define, como, por exemplo, que serão expressos por meio de decreto.

Contudo, a discricionariedade costuma incidir no motivo e no conteúdo do ato. O motivo será discricionário quando:

- 1 - A lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração ad nutum); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato;
- 2- A lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer os critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos²⁷.

Para uma melhor ilustração dos atos discricionários, faz-se necessário colacionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que é no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo a fim de reexaminar o juízo de conveniência e oportunidade levado a cabo pelo administrador (REsp 1350363/SC)²⁸.

Ressalta-se que no ementa do julgamento citado acima se destacou que no ato discricionário, por agir com conveniência e oportunidade a Administração Pública, seria prescindível de motivação o ato.

O estudo dos atos discricionários é importante para o tema do trabalho, pois, a partir desse conceito, podemos trabalhar no próximo item o mérito administrativo, o qual não pode ser modificado, em regra pelo Poder Judiciário.

2.1 MÉRITO ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A professora Maria Sylvia Zanella de Pietro ensina que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade, enquanto o ato discricionário deve ser analisado, não só pelo aspecto da legalidade, mas também no do mérito. O primeiro

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 216.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial n. 1350363/SC, da 2ª Turma. Relator Mauro Campbell Marques. Publicado em 02 de maio de 2013.

aspecto, conforme será estudado, se refere à conformidade do ato com a lei, enquanto o segundo diz respeito a conveniência e oportunidade frente à finalidade do interesse público.

Para completar, a Doutrinadora cita os ensinamentos do renomado professor Seabra Fagundes, no sentido de que:

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concernente ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob o critério comparativo. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor que outro. É por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, com o aspecto do ato administrativo, relativo a conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal²⁹.

Em que pese as exceções existentes, como ocorre, por exemplo, no desvio de poder e na teoria dos motivos determinantes, o mérito administrativo não pode ser revisto pelo Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do Recurso Especial nº 973686³⁰, decidiu que, quando não há espaço para a intromissão do Poder Judiciário na seara administrativa, ou seja, no mérito administrativo, a indevida incursão significa afronta ao princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes está previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988³¹, princípio este classificado como uma cláusula pétrea (artigo 60, §4º, III, da CF/88³²), o que impede a sua abolição por meio de emenda, daí a sua importância para o Estado Democrático de Direito.

O Doutrinador José Afonso da Silva³³, ao discorrer acerca da independência dos poderes, ensina que “que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização”.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 216. Apud. FAGUNDES, Seabra. 1984 –fls 131.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso Especial n. 973686, da 2ª Turma. Relator Humberto Martins. Publicado em 30 de setembro de 2009.

³¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

³³ SILVA, José Afonso da. São Paulo, **Curso de direito constitucional positivo**: 18ª Ed. Malheiros. São Paulo: 2000. p. 114.

Portanto, em vista da estudada noção dos atos discricionários, bem como do mérito administrativo, passaremos a análise da possibilidade de controle judicial dos atos vinculados e discricionários, o que irá culminar com o estudo da possibilidade de controle dos atos das Banca Examinadoras de certames Públicos. Ressalta-se que aqui não levamos em consideração o sistema de freios e contrapesos por ser dispensável para a conclusão do tema.

2.2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

Inicialmente, com relação ao ato vinculado, não existe restrição quanto ao controle via Poder Judiciário, pois, como possui todos os seus elementos definidos em lei, caberá o controle, que poderá decretar a sua nulidade no caso de se reconhecer a sua desconformidade. Neste caso, qualquer desconformidade existente se consubstancia em ilegalidade.

Quanto aos atos discricionários, a Professora e Doutrinadora Maria Sílvia Zanella di Pietro³⁴ ensina que o controle judicial é possível, entretanto, deverá ser respeitado a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à administração pública pela lei.

Neste caso, poderá o Poder Judiciário verificar a legalidade do ato e verificar se foi ultrapassado pela administração os limites da discricionariedade, caso em que poderá ser invalidado o ato por ilegalidade.

Ensina a ilustre Doutrinadora que não poderá o Poder Judiciário invadir o mérito administrativo³⁵, conforme:

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para a livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24^a ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 219.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24^a ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, P. 219.

Já o Professor Marçal Justem Filho³⁶ ensina que a discricionariedade pode ser alvo de controle, inclusive de controle jurisdicional, isso pode ocorrer quando o administrador não observar as formalidades do ato (ilegalidade), ou quando, no mérito, a decisão for desarrazoada, arbitrária, ou destituída de qualquer aptidão a realizar de modo adequado a finalidade buscada.

O posicionamento do ilustre Doutrinador, com o devido respeito, gera insegurança jurídica por abrir espaço para a indevida intromissão do Poder Judiciário no mérito administrativo. O princípio da razoabilidade comporta muitos limites, a depender do seu julgador, sendo certo que abre espaço para que o mérito administrativo seja revisto por um agente – Magistrado – que muitas vezes não tem noção da dimensão dos problemas a serem enfrentados pelo administrador.

Desta forma, pensamos que só poderá, em último caso, ser levado em consideração a razoabilidade do ato em casos específicos, onde a falta de critério ensejar o desvio de finalidade.

O mesmo Doutrinador, Marçal Justem filho, ensina ainda que:

Se a competência discricionária consiste na atribuição intencional por uma lei de uma margem de autonomia para a escolha do administrador, é evidente que a escolha concretamente realizada não comporta ampla revisão por outra autoridade. Se comportasse, desapareceria a discricionariedade³⁷.

Entendemos que a discricionariedade atribuída a Banca Examinadora reside nesse conceito firmado pelo Doutrinador, pois a legislação federal cuidou apenas de regular de forma geral o tema, conforme artigos 11 e 12, § 1º e § 2º da lei nº 8112/1991, conforme:

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (Regulamento)

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

³⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed, Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2015. p. 240.

³⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed, Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2015. p. 244.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

A lei referente à cada estrutura pública organiza as carreiras, como pode-se verificar, por exemplo, da leitura dos artigos 7 e 8 da Lei nº 11.416, que, apesar de não descrever qualquer critério de avaliação a ser observado, descreve com clareza os requisitos para a investidura no cargo.

Art. 7 O ingresso em qualquer dos cargos de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário dar-se-á no primeiro padrão da classe “A” respectiva, após aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos.

Parágrafo único. Os órgãos do Poder Judiciário da União poderão incluir, como etapa do concurso público, programa de formação, de caráter eliminatório, classificatório ou eliminatório e classificatório.

Art. 8 São requisitos de escolaridade para ingresso:

I - para o cargo de Analista Judiciário, curso de ensino superior, inclusive licenciatura plena, correlacionado com a especialidade, se for o caso;

II - para o cargo de Técnico Judiciário, curso de ensino médio, ou curso técnico equivalente, correlacionado com a especialidade, se for o caso;

III - para o cargo de Auxiliar Judiciário, curso de ensino fundamental.

Parágrafo único. Além dos requisitos previstos neste artigo, poderão ser exigidos formação especializada, experiência e registro profissional a serem definidos em regulamento e especificados em edital de concurso.

Então, conclui-se que, atendendo os requisitos para o cargo definidos em lei, o órgão poderá organizar de forma discricionária o certame público de provas ou provas e títulos, desde que siga todas as instruções legais e constitucionais.

2.3 POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS BANCAS EXAMINADORAS

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria datam de 1966, quando o ministro Evandro Lins estabeleceu que “não cabe ao Poder Judiciário sobrepor-se aos critérios da comissão julgadora, para rever as notas atribuídas aos candidatos” (RM 15543/DF, DJ 13/04/66)³⁸.

Esse entendimento foi e é utilizado nas principais decisões dos Tribunais pátrios. Como se pode verificar, o Superior Tribunal de Justiça também entende que é “vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e

³⁸ Disponível na página: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/338719>. Acessado em 20/07/2016

de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora³⁹.

Concordando com esse entendimento, o professor Almiro do Couto e Silva afasta a indevida incursão do Judiciário nos critérios de correção de provas discursivas de concursos e seleções, se posicionando no sentido de que o “controle judicial dos procedimentos de concurso público ficaria restrito, assim, a aspectos formais e ao exame da observância do princípio da igualdade, no que tange ao tratamento dispensado aos candidatos”⁴⁰.

Contudo, observa-se pelo trecho acima que o renomado professor demonstrou a exceção existente quanto a vedação, que é justamente quando a interferência do Judiciário for em razão de aspectos formais (ex. não observância das normas edilícias) ou quando ocorrer a quebra de isonomia, ou seja, elaborar e corrigir as provas com distintos padrões.

Apenas a nível de fundamentação, no primeiro caso de exceção, ocorreria violação ao princípio da legalidade. Como demonstrado neste trabalho, quando houver ilegalidades, mesmo no ato discricionário, o Poder Judiciário tem o dever de intervir e anular tais atos, desde que acionado.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴¹, conforme:

Não se desconhece que o exercício do cargo de Juiz de Direito exige conhecimento aprofundado sobre os mais variados ramos da ciência jurídica. Essa premissa, contudo, não tem o condão de afastar os já referidos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, não se mostrando razoável que candidatos tenham que expor conhecimentos de temas que não foram prévia e expressamente exigidos no respectivo edital da abertura.

Verifica-se que na ementa supracitada, o Ministro Relator afirmou que a ausência de previsão no Edital do conteúdo referente às questões haverá a possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário, em atenção ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Agravo Regimental no Agravo em Mandado de segurança nº 20.515/RS, da 6ª Turma. Relator Hamilton Carvalhido. Publicado em 21 de agosto de 2006.

⁴⁰SILVA, Almiro do Couto e. **Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, v. 27, n. 57, suplemento, p. 261-276, 2003, p. 261.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Agravo em Mandado de segurança nº 28854, da 6ª Turma. Relator Paulo Gallotti. Publicado em 01 de julho de 2009.

No segundo caso de exceção, podemos verificar a importância do princípio da igualdade e da impessoalidade, que já foram também debatidos anteriormente. Um certame público tem por finalidade, também, propiciar a todos os participantes as mesmas condições e possibilidades de aprovação, de modo que os mais bem preparados sejam aprovados.

Desta forma, também quando houver a quebra de isonomia, ou seja, tratamento desigual dos candidatos, o Poder Judiciário poderá intervir. Esse é o entendimento firmado pelos nossos Tribunais⁴².

Importante ressaltar que, no voto citado acima, o Magistrado fundamenta no sentido de que a igualdade é a base de todos os princípios constitucionais, de modo que deve se expressado em todas manifestações do Estado. Deste Modo, ao quebrar a isonomia existente entre os candidatos, haverá a necessidade de interferência do Poder Judiciário, em razão, não de uma ilegalidade, mas sim de uma inconstitucionalidade.

Para fundamentar o seu posicionamento o Magistrado cita um trecho dos ensinamentos do Doutrinador Geraldo Ataliba, no sentido de que⁴³:

Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um estado, outorgassem a si mesmos uma constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que desse ao estado –que criaram em rigorosa isonomia cidadã- poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A ‘res pública’ é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade.

A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. Apelação Cível nº 70035037209, da 4ª Câmara Cível. Relator Eduardo Uhlein. Publicado em 01 de julho de 2013.

⁴³ ATALIBA, Geraldo. Apud. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. Apelação Cível nº 70035037209, da 4ª Câmara Cível. Relator Eduardo Uhlein. Publicado em 01 de julho de 2013.

Nos casos em que as competências dos órgãos do Estado –e estes casos são excepcionais- não se cinjam à aplicação da lei, ainda aí, a isonomia é princípio que impera e domina. Onde seja violado, mistificado, fraudado, traído, há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial. Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano.

Mas aqui encontramos o primeiro conflito. As provas, especialmente as subjetivas, são corrigidas tendo por base um padrão de respostas. Ocorre que o corretor, que neste caso é uma pessoa, pode se equivocar na correção de uma delas e atribuir indevidamente pontos, que é o que ocorre na maioria dos casos. Nestes casos, o equívoco deve se perpetuar e alcançar todos os candidatos?

Nossa posição é no sentido de que a administração pública, ao verificar um equívoco, deve revogar ou anular o ato viciado e não validá-lo para todos os candidatos.

Infelizmente, quando o Magistrado se depara com um caso de quebra de isonomia, não busca verificar se o erro ocorreu na prova daquele litigante ou na atribuição de pontos do candidato utilizado como paradigma, fazendo com que o erro se perpetue, o que é um erro.

Em casos como este, entendemos que além de verificar a ocorrência de quebra de isonomia, deveria o Magistrado também verificar se a questão foi respondida de acordo com o padrão de respostas, pois, caso contrário, deveria não atribuir a pontuação para o litigante, mas sim informar a administração e ao Ministério Público acerca do equívoco, o qual deveria ser sanado de ofício.

Para casos como este, deveria a administração pública atender o que definido na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal⁴⁴, a qual autoriza a administração pública anular ou revogar os seus atos, conforme:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Publicado no dia 10 de dezembro de 1969.

Ressalta-se que, em casos semelhantes, assim o Tribunal Regional Federal da 1ª Região se posicionou no sentido de que o princípio da isonomia “*não pode ser usado para impedir o reconhecimento de um erro da Administração, até porque não tem o menor cabimento dizer que se existiu um erro em razão de uma pessoa, o erro deve também ser cometido para outras pessoas de modo a igualá-las*”⁴⁵.

Outra possibilidade que alguns precedentes vêm aceitando a interferência do Poder Judiciário é quando há um erro grosseiro, conforme já se posicionou o Tribunal Regional Federal, conforme:

No entanto, a jurisprudência pátria vem reconhecendo a sindicabilidade judicial de erro grosseiro verificado em enunciados de questões de prova de concurso público (erro material primo ictuoculi), notadamente porque a discricionariedade administrativa não se confunde com a arbitrariedade ou a abusividade, sendo certo que conveniência e oportunidade não são conceitos absolutamente isentos de análise Judicial⁴⁶.

No caso acima citado, os julgadores decidiram por dar provimento ao recurso de candidato sob o argumento de que haveria um “erro grosseiro”, bem como informou que a “jurisprudência pátria vem reconhecendo a sindicabilidade judicial de erro grosseiro verificado em enunciados de questões de prova de concurso público (erro material primo ictuoculi)”.

Ao decidirem dessa forma, os julgadores acabaram por contrariar o artigo 37, incisos I e II, da Constituição federal, e a isonomia dos concorrentes, visto que todos os examinandos foram submetidos à prova sob as mesmas condições, ou seja, obedecendo aos critérios determinados em edital, bem como às orientações constantes do caderno de provas.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. Administrativo. Apelação Cível nº 0015570-07.2004.4.01.3400, da 2ª Seção. Relator Cesar Augusto Bearsi. Publicado em 16 de julho de 2015.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Administrativo. Apelação Cível nº 5056711-49.2014.4.04.7000/PR, da 3ª Turma. Relator Marga Inge Barth Tessler. Publicado em 16 de julho de 2015.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Temos algo tão vago quanto um “erro grosseiro”? Pesamos que não.

Mas os problemas de tal entendimento vão além. Em um concurso jurídico, em tese, pode ser que se verifique a ocorrência de um erro grosseiro, por todos os envolvidos na lide terem conhecimento jurídico.

Contudo, e nos concursos não jurídicos, será dado um tratamento desigual? Como um Magistrado poderá anular ou rever algum critério de correção em uma prova para médicos em razão de erro grosseiro? Poderia ser comprovado por meio de perícia, mas, acaso o erro assim fosse detectado, pensamos que deixaria de ser um erro grosseiro em razão da necessidade da prova técnica.

Mesmo que fosse detectado, só estaria sendo trocada a prova técnica da Banca Examinadora por aquela escolhida pelas partes ou pelo Juiz. Não nos parece muita correta tal ato.

Ademais, como corrigir eventuais “erros grosseiros” e não agir com quebra de isonomia? Lembrando que a decisão que modifica questões ou os critérios de avaliação só atingem as partes envolvidas no processo – poucos candidatos.

Por essa razão, no julgamento do MS 21.176 no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Velloso teceu as seguintes considerações acerca do tema concurso público e princípio da isonomia:

Na verdade, não é possível ao Tribunal substituir-se à banca examinadora. O que se exige é que se dê tratamento igual a todos os candidatos. Isso parece que foi dado, nenhum candidato argumentou em sentido contrário.

Em direito, nem sempre há uniformidade. De modo que, adotando a banca uma certa opção e exigindo de todos e a todos aplicando o mesmo tratamento, isto é o bastante⁴⁷.

No trecho acima destacado o e. Ministro decide que, por isonomia, pressupõe que todos os candidatos sejam tratados da mesma forma e que, se a Banca adota um posicionamento e aplica este a todos os candidatos, mesmo que hajam outros posicionamentos, seria o bastante para que houvesse isonomia no certame.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança nº 21.176. Relator Eduardo Uhlein. Publicado em 01 de julho de 2013.

Ademais, temos mais um problema. O suposto erro grosseiro será anulado para todos os candidatos? Não, pois somente aqueles que ingressaram no Poder Judiciário farão jus as possíveis anulações. Nestes casos, certamente haverá aqueles que defenderão que o poder judiciário está disponível a todos.

Todavia, mesmo que todos os candidatos daqueles certames ingressem com ações/mandados de segurança, possibilidade que só se admite para fins de argumentação, qual a certeza de que todos os Magistrados entenderam da mesma forma? Nenhuma!

A título de ilustração, no X Exame de Ordem Unificado houve uma questão que causou grande repercussão e causou uma grande quantidade de protocolos de ações judiciais. Em um dos casos, na Apelação Cível nº 0044669-07.2013.4.01.3400/DF⁴⁸, que tramitou perante o TRF1, os desembargadores decidiram por anular parcialmente a questão prática e deferir o acréscimo de um ponto e cinquenta centésimos (1,5 ponto), à pontuação obtida pela parte autora.

Em caso idêntico, tratando da mesma matéria da mesma prova, o TRF4 na apelação cível nº 5024546-43.2014.4.04.7001⁴⁹, decidiu manter a autonomia da Banca Examinadora, estabelecendo que “À banca examinadora é conferido o mérito da análise administrativa das questões de prova, não podendo o Judiciário invadir tal competência, sob pena de indevida intervenção em ato discricionário da Administração”.

Ressalte-se, ademais, que, houveram críticas por parte da doutrina sobre a formulação da questão objeto dos processos acima, inclusive um dos professores que advogaram em favor dos candidatos foi o renomado e ilustre professor Cezar Roberto Bittencourt. Todavia, também há doutrinadores igualmente festejados e de relevo no âmbito do Direito Penal e Processual Penal brasileiro que defendem a regularidade e precisão do enunciado e dos objetos avaliados, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, que, em texto publicado em seu perfil em rede social, entendeu que a questão estava regular, conforme:

X EXAME DE ORDEM – QUESTÃO DE PENAL
GABARITO OFICIAL ESTÁ CORRETO

Fui conclamado pelo ilustre Prof. Cezar Roberto Bitencourt, eminente doutrinador de Direito Penal, a emitir minha opinião doutrinária – e não

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Administrativo. Apelação Cível 0044669-07.2013.4.01.3400/DF, da 4ª Câmara Cível. Publicado em 01 de julho de 2013.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Administrativo. Apelação Cível 5024546-43.2014.4.04.7001.

como magistrado – sobre a questão prática de Direito Penal do último Exame de Ordem.

Li a questão e o gabarito oficial, considerando-os corretos.

Jane subtraiu um veículo na cidade de Cuiabá-MT, com a intenção de levá-lo para o Paraguai. Foi perseguida e presa antes de cruzar a fronteira desse país. Logo, não levou o automóvel para o Paraguai. Simples assim. Foi indevidamente processada por furto qualificado, com base no art. 155, § 5º, do CP. Ocorre que, tal qualificadora é de natureza material, ou seja, somente pode ser aplicada se o carro realmente cruza a fronteira. Se não ultrapassou, não qualificou.

A grande celeuma é que a Jane, para chegar à fronteira do Paraguai – que não cruzou – passou pelo território do Mato Grosso do Sul. E daí? Não era sua intenção levar o veículo para esse Estado.

Para quem é FINALISTA, o que realmente importa no delito, abrangendo o tipo básico e o derivado (qualificadoras e causas de aumento), é a intenção, a vontade de agir desta ou daquela forma.

O elemento subjetivo do tipo (dolo), no furto, demanda, igualmente, o elemento subjetivo específico (para si ou para outrem) e, no caso da qualificadora do § 5º, do art. 155, também a finalidade de levar para DETERMINADO lugar.

Jane pretendia chegar ao Paraguai, senão já teria parado no Estado do Mato Grosso do Sul e vendido o carro ali. Não queria fazer isso. Foi perseguida o tempo todo e rumou ao Paraguai, onde NÃO cruzou a fronteira.

Em suma, pretender aplicar a qualificadora à ré seria consagrar uma forma indireta de responsabilidade penal objetiva, vale dizer, ela passou casualmente pelo Mato Grosso do Sul, mas seria punido por isso. Absurdo total.

Diante disso, a OAB está correta. A peça era uma revisão criminal, pedindo o arrependimento posterior (art. 16, CP), pois o veículo foi devolvido antes do recebimento da denúncia, bem como a desclassificação para furto simples.

Além disso, o candidato poderia combater a pena aplicada, pois excessiva. Deveria argumentar que a reincidência específica não foi expressamente prevista em lei para ser utilizada; alegar que a consequência do crime (morte da dona do carro) foi imprevisível à agente; pedir o regime semiaberto, enfim fazer tudo o que recomendou o gabarito.

Esta é a minha opinião! Espero que satisfaça aos que tanto gostariam de ouvi-la.

Espero, ainda, que a respeitem, como bons operadores do Direito, com honradez e generosidade. **Portanto, não é possível rever os “erros grosseiros”, pois, além de ser um conceito que admite várias interpretações, a análise e revisão destes certamente ofenderia o princípio da isonomia**, acaso não fosse realizada via ação coletiva, pelos motivos acima expostos⁵⁰.

Ou seja, temos aqui um exemplo de que pode-se reconhecer erros grosseiros em matérias que comportam apenas divergências. No caso em voga, houve total

⁵⁰ Disponível em: <https://www.facebook.com/guilherme.nucci/posts/10200830736865113>, acessado em 17/09/2013

quebra de isonomia, pois o Poder Judiciário, para muitos, reconheceu o erro e atribuiu a pontuação dos quesitos aos candidatos, quando em outros casos não.

Ademais, como é sabido por todos os advogados que atuam perante os Tribunais Superiores, a análise da questão pelos eminentes Ministros que compõe aquelas cortes é quase que impossível, por força do enunciado da Súmula 07/STJ⁵¹ e 279/STF⁵².

Ainda, pelo fato de atingir poucos candidatos, essas matérias não são apreciadas via ações coletivas pelo judiciário, como mandado de segurança coletivo ou ação civil pública, uma vez que a jurisprudência é firme no sentido de que se trata de direitos individuais disponíveis, que não possuem relevante interesse social⁵³.

Inclusive, no caso do referido Exame de Ordem, foi protocolada ação civil pública pelo Ministério Público Federal (Ação Civil Pública n. 57000-21.2013.4.01.3400), a qual foi extinta, sem resolução de mérito, como se extrai do trecho da sentença abaixo, pela ilegitimidade ativa do Ministério Público em razão da falta de relevância social do interesse individual discutido, conforme:

Todavia, ainda que se admita tutela dos interesses individuais homogêneos divisíveis e disponíveis pelo Ministério Público, tais direitos devem ostentar ampla relevância social, sob pena de a Instituição desvirtuar-se de suas nobres funções atribuídas pela Constituição Federal de 1988.

(...)

Em outras palavras, e em consonância com os precedentes acima, a orientação que perfilha a legitimidade do MP para a defesa dos direitos individuais homogêneos, ainda que não expressamente dispostos em lei, deve prevalecer em razão da relevância social do interesse, desprezando-se a individualidade e divisibilidade, características essas presentes também nos homogêneos.

Enfim, ao Ministério Público deve ser reconhecida a legitimidade para o trato dos direitos individuais homogêneos, desde que se faça presente o requisito da relevância social, traço esse ausente quando em discussão nota atribuída a candidatos em prova discursiva (segunda etapa) da OAB, caracterizada por meros interesses individuais plúrimos.

Isso posto, impõe-se a extinção do processo por ilegitimidade ativa.⁵⁴

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Publicado no dia 13 de dezembro de 1963.

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Administrativo. Apelação Cível 411410 CE 0023460-48.2004.4.05.8100, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Publicado em 23 de março de 2009.

⁵⁴ BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. Ação Civil Pública nº 0057000-21.2013.4.01.3400. 6º Vara Federal. Sentença Pública no dia 06 de fevereiro de 2014. Disponível em

Desta forma, creio que, mesmo que haja erro – o que não deve-se buscar evitar ao máximo, melhor que o erro seja para todos os candidatos, evitando-se assim o tratamento desigual.

CAPÍTULO 3

ANÁLISE DO JULGAMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 632.853)

Em razão de todos os problemas acima mencionados, bem como em razão das diversas posições adotadas pelo Poder Judiciário, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal para que este pudesse decidir firmar um entendimento. Daí o Recurso Extraordinário 632.853 foi julgado em sede de repercussão geral.

Antes da análise do referido acórdão, para que fique demonstrado a insegurança existente em torno da matéria tratada, importante destacar que, recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal havia julgado Mandado de segurança em que reconheceu o erro grosseiro de questão⁵⁵.

Em que pese o fato dos e. Magistrados terem decidido desta forma em razão da inequívoca demonstração de que, caso anulada a questão, aquele candidato, ora impetrante, estaria aprovado para a fase seguinte. Contudo, isso não muda o fato de que a nota de outros candidatos ficou inalterada, ou seja, aqueles foram preteridos quando o erro também ocorreu para eles.

Portanto, foi analisado pelo pleno daquele egrégio Tribunal a repercussão geral, momento em que os Ministros, por maioria, decidiram que os critérios adotados os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Apenas nesse caso iremos transcrever a ementa, pois trata-se do julgamento mais importante até o presente momento a tratar da matéria, conforme:

PRESIDÊNCIA
SESSÃO EXTRAORDINÁRIA
Ata da 11ª (décima primeira) sessão extraordinária, realizada em 23 de abril de 2015.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 632.853
ORIGEM: AC - 20060009582201 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL
PROCED.: CEARÁ
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S): ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
RECDO.(A/S): TEREZA MARIA CARVALHO PINHEIRO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S): RAFAELA SILVA BRITO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE: UNIÃO
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Mandado de Segurança nº 30859. Relator: Luiz Fux. Primeira Turma. Publicado em 24 de outubro de 2012.

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S): OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

Decisão: **O Tribunal, apreciando o tema 485 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não conhecia do recurso e, superada a questão, negava-lhe provimento. O Tribunal fixou a tese de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, não havendo o Ministro Marco Aurélio se manifestado no ponto.** Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na "BrazilConference", na Universidade de Harvard, e na "BrazilianUndergraduateStudentConference", na Universidade de Columbia, Estados Unidos.

Falaram, pelo amicuscuriae Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Ivete Maria Razerra, OAB/RS 25.058, e, pelo amicuscuriae Conselho Federal da Ordem Dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Claudio Pereira de Souza Neto, OAB/RJ 96.073. Plenário, 23.04.2015.(Publicação da Ata: DJe de 08/05/2014)⁵⁶

Tal posição firmada poderia pôr um fim, de uma vez por todas, aos problemas acima identificados. De fato, atualmente muitos Tribunais se renderam ao entendimento supra, assim como deveria ser, inclusive há precedentes do Superior Tribunal de Justiça que destaca o julgamento da repercussão geral⁵⁷.

Contudo, tal posicionamento não vem ocorrendo em todos os processos. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, após o julgamento e publicação da repercussão geral, que se deu em 23/04/2015, publicou acórdão no dia 16/07/2015, onde reconhece o erro grosseiro em determinada prova e atribui a pontuação aos candidatos envolvidos⁵⁸.

Ressalta-se que no precedente acima citado, se reconheceu um erro material no enunciando e no espelho de correção da peça processual, mesmo tendo a Banca Examinadora retrucado que houvesse alguma imperfeição. Ou seja, se a banca examinadora, entidade responsável pelo certame, afirma que aquele é o padrão de

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Recurso Extraordinário 632.853. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Publicado em 23 de abril de 2015.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança nº 48.252. Relator: Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Publicado em 08 de junho de 2016.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Administrativo. Apelação Cível nº 5056711-49.2014.4.04.7000/PR – relator des. Federal Marga Inge Barth Tessler, 3º Turma. Publicado em 16 de julho de 2015.

respostas e que não há erro material, o Poder Judiciário poderia adentrar no mérito e corrigir o suposto erro material?

Entendemos que não, sob pena de indevida interferência do mérito administrativo.

3.1 NOVIDADES TRAZIDAS PELO PROJETO DE LEI DOS CONCURSOS – CONTRÁRIO A REPERCUSSÃO GERAL

Conforme informações obtidas no site da Câmara dos Deputados (PL 252/2003 – PL 6004/2013)⁵⁹, está em andamento um projeto de lei que visa estabelecer normas gerais acerca da realização de concursos públicos de provas e provas e títulos, isso no âmbito da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos.

O texto da futura norma, inicialmente, destaca a observância aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, bem como aos aplicáveis aos concursos públicos, dando ênfase ao da publicidade; competitividade e da seletividade.

Contudo, o artigo que mais chama a atenção no projeto de lei é o 4º, o qual estabelece que todos os atos relativos aos certames são passíveis de exame de decisão judicial, elencando os principais, conforme:

Art. 4º Todos os atos relativos ao concurso público são passíveis de exame e decisão judicial, especialmente:

- I – os que configurem erro material do edital ou seu descumprimento;
- II – os que configurem lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato;
- III – os que configurem discriminação ilegítima com base em idade, sexo, orientação sexual, estado civil, condição física, deficiência, raça, naturalidade, proveniência ou moradia;
- IV – os que vinculem critério de correção de prova ou de recurso à correção de prova;
- V – os relativos ao sigilo, à publicidade, à seletividade e à competitividade;
- VI – os decisórios de recursos administrativos impetrados contra gabarito oficial.

Destaca-se os incisos II e VI do referido artigo, que contrariam todos os fundamentos jurisprudências firmados até então, já que abrem a possibilidade de

⁵⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/115608.pdf>. Acessado em 20 de junho de 2016.

interferência judicial sempre que houver lesão ou ameaça de lesão aos direitos dos candidatos e adentrar no mérito dos recursos administrativos de modo a modifica-los.

Mas não é só, o artigo 23⁶⁰ do referido projeto de Lei vai além, pois expressamente assegura o amplo acesso do Poder Judiciário aos critérios de correção elaborados pela banca examinadora.

Ademais, estabelece que a Banca Examinadora, quanto à correção de provas de certames jurídicos, ficará vinculada aos entendimentos firmados pelos Tribunais⁶¹, sendo vinculada, sucessivamente, pelo posicionamento do STF, do STJ, dos Tribunais de segundo grau e, por último, das Doutrinas.

Por fim, em que pese a extrema importância dos demais dispositivos do projeto, os últimos artigos que nos interessa fazem referência ao conteúdo das questões.

Conforme se verifica dos artigos 30 ao 35 do projeto de lei⁶², há uma tentativa de definir como se dará a elaboração das questões. Nos artigos 30 e 31⁶³, o legislador pretende estabelecer critérios para a elaboração e correção das provas objetivas. De acordo com o texto, as provas objetivas serão elaboradas de modo a se aferir os conhecimentos dos candidatos quanto a matéria tratada, vedando “formulações cuja dificuldade se constitua, exclusiva ou predominantemente, na inteligência da assertiva, exceto no caso de prova específica dessa área de conhecimento”. Bem como informa que será dada preferência ao raciocínio do candidato.

Art. 30. As provas objetivas serão elaboradas de forma a se aferir, pela resposta do candidato, o efetivo conhecimento da matéria sob examinação, vedadas formulações cuja dificuldade se constitua, exclusiva ou predominantemente, na inteligência da assertiva, exceto no caso de prova específica dessa área de conhecimento.

⁶⁰ Art. 23. É assegurado o acesso ao Judiciário para a discussão de critério de correção de prova utilizado pela banca elaboradora

⁶¹ Art. 24. A correção das provas de matéria jurídica utilizará como critério vinculante da banca, sucessivamente:

I – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

II – a jurisprudência dos Tribunais Superiores;

III – a jurisprudência dos Tribunais de segundo grau;

IV – a posição dominante na doutrina nacional.

§ 1º É vedada a adoção de critério de correção baseado em posições doutrinárias isoladas, não-consolidadas ou negadas por parcela majoritária da doutrina nacional.

§ 2º A legislação de referência a ser considerada será a vigente na data da primeira publicação do edital.

⁶² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/115608.pdf>. Acessado em 20 de junho de 2016.

⁶³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/115608.pdf>. Acessado em 20 de junho de 2016.

Art. 31. A elaboração das questões relativas às provas objetivas dará preferência ao raciocínio do candidato. CAPÍTULO VIII DAS PROVAS DISCURSIVAS Art.

32. É atribuição da banca examinadora a definição do número de questões discursivas, do espaço de resposta, em linhas, e da pontuação das questões.

Art. 33. A correção das respostas será feita por, pelo menos, 2 (dois) examinadores, sendo a nota final a média dos 2 (dois) resultados. Art.

34. A avaliação das respostas às questões discursivas deverá ser feita sobre tábua objetiva de correção, onde estejam indicados, pelo menos: I – os temas de abordagem necessária; II – a pontuação a eles relativa; III – o critério de atribuição da nota final da questão; IV – as razões da perda de pontos pelo candidato.

Art. 35. É assegurado ao candidato, durante o prazo de vigência do concurso público, o conhecimento, acesso e esclarecimento dos critérios de pontuação da sua prova, desde que assim o requeira por escrito.

Quanto às provas dissertativas, elencadas nos artigos 32 a 35 do referido projeto (acima transcrito), garante, inicialmente, a competência da Banca Examinadora para “definir o número de questões discursivas, do espaço de resposta, em linhas, e da pontuação das questões”, após determina como serão feitas as correções.

Observa-se que em momento algum assegura, de forma ampla, a competência da Banca Examinadora na tarefa de escolher os critérios de formulação das provas e de correção. Ou revés, age de modo a engessar as atividades destas entidades, sob a eminente ameaça de intervenção do Poder Judiciário.

Mas, a indagação que fazemos é se o projeto de lei, caso aprovado e sancionado com o atual texto, resolveria o problema de uma vez por todas?

Pensamos que não. Não se trata de um posicionamento a favor dos equívocos cometidos por Bancas Examinadoras, nem mesmo queremos considera-las inatingíveis em seus atos, pois todo equívoco deve ser sanado, desde que se faça com atenção aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, se o referido projeto de Lei dispusesse acerca da legitimidade para propor a ação e o nível de alcance das decisões, apesar de existir uma grande discussão acerca do mérito administrativo, haveria assim a possibilidade de ser praticada a justiça, caso alcançasse todos os candidatos.

Ocorre que, como já mencionado no presente trabalho, não há possibilidade de a matéria ser conhecida e julgada em ações coletivas, pois não se trata de um direito coletivo, nem direitos individuais indisponíveis e nem mesmo de interesses individuais disponíveis providos de relevância social.

Portanto, a postulação de nova correção das provas prático-profissionais dos certames públicos não se traduz em matéria de relevante interesse social, tampouco em relação de consumo ou, ainda, direito indisponível, falecendo legitimação ao MPF para ajuizamento de ações civis públicas nesse campo.

Partindo dessa premissa, não cabe a tutela coletiva em casos ligados a correção de provas de certames públicos, mas, com o projeto sendo sancionado, o Poder Judiciário possui amplo poder sobre os atos das Bancas Examinadoras.

Como já estudado, o principal princípio a ser observado quando da realização de certame público é o da isonomia/igualdade/impessoalidade. Também, não podemos concordar que em todos os casos haja a interferência do Poder Judiciário, mas sim e tão somente naqueles em que hajam ilegalidades (ex. ofensa a vinculação ao edital) ou inconstitucionalidades (ex. quebra de isonomia)

Nos demais casos e em especial quando ao erro grosseiro, temos uma situação de extrema insegurança jurídica. Como já estudado, trata-se de uma definição imprecisa, inclusive demonstramos um caso onde Tribunais Federais se posicionam de forma contrária quanto a mesma questão de Exame de Ordem.

E não é só, na referida questão ilustres Doutrinadores divergem.

Sendo assim, estariam os princípios supracitados sendo garantidos com o texto do projeto de lei? Pesamos que não, entendemos que a situação fica mais tênue, pois estaria sendo possibilitado aos vários Magistrados, pelos quais se tem muito respeito, a tarefa de julgarem as questões em conformidade com os seus entendimentos. Sendo assim, em vez de um avaliador, teremos inúmeros, cada qual entendendo da sua maneira.

Tal medida desprestigia aqueles que não deram “sorte” de o processo ser julgado por tal Magistrado, bem como aqueles que ainda tem dificuldade para acionar o Poder Judiciário, seja pela falta de recursos financeiros ou pela precariedade do próprio Estado na região em que habita.

Quanto aos requisitos para elaboração das provas, que também é alvo de análise pelo projeto de Lei, entendemos que aqui também é necessário um melhor estudo. É possível verificar se as dificuldades nas questões se constituem, exclusiva ou predominantemente, na intelecção da assertiva?

Ademais, como dizer se a questão avaliou o raciocínio do candidato?

Por mais que o projeto de Lei esteja, em tese, buscando acabar com as eventuais injustiças cometidas pelas Bancas Examinadoras, nosso posicionamento é

no sentido de que a modificação do posicionamento adotada pelos Tribunais somente atrapalha, de modo geral, os candidatos, pois causa grande insegurança.

Se aprovado, conforme já mencionado, todos os magistrados estariam autorizados a adentrar no mérito das avaliações e modificar os critérios como bem entender, fazendo com que candidatos que prestaram a mesma prova sejam avaliados de modo diferente, o que ofende os princípios constitucionais citados e sepulta, de uma vez por todas, os objetivos dos concursos públicos, que é garantir a eficiência dos serviços públicos com a nomeação dos mais preparados e ofertar a todos os interessados as mesmas condições, ou seja, agir com isonomia.

Exemplificando, um candidato aprovado em um certame dentro do número de vagas pode ser preterido em relação aqueles que acionarem o Poder Judiciário e modificarem a correção da Banca Examinadora. Muitos argumentaram que este também poderia ter acionado o Poder Judiciário, mas, como demonstrado, em razão da subjetividade dos julgadores e das matérias cobradas, podemos ter várias decisões distintas.

Por fim, quando se trata de provas subjetivas, vale ressaltar que em muitos casos, a Banca Examinadora avalia, além da indicação correta da resposta, o raciocínio empregado; a fundamentação e sua consistência; a capacidade de interpretação e exposição gramatical e a técnica profissional demonstrada, quesitos estes que devem ser aplicados de forma isonômica pelos mesmos avaliadores, o que impede a intromissão do Poder Judiciário, sob pena de ser cometidas injustiças.

Desta forma, a conclusão que se chega após as pesquisas é que a vedação construída pela Jurisprudência quanto a interferência do Poder Judiciário nos critérios de correção dos certames públicos é válida, por se tratar da única maneira de se estabelecer a isonomia entre os candidatos.

CONCLUSÃO

Para alcançar a conclusão para o tema acerca da possibilidade de revisão dos critérios adotados por Banca Examinadora em certames públicos pelo Poder Judiciário, foi necessário, inicialmente, conceituar o instituto do concurso públicos, bem como destacar a sua importância no Estado Democrático de Direito. Ademais, foi realizado um breve estudo acerca do núcleo essencial dos princípios constitucionais aplicáveis ao tema, o que foi imprescindível para se compreender a importância de se garantir a isonomia entre os candidatos.

Posteriormente, foi realizada a conceituação de vinculação e discricionariedade. Neste passo, a discricionariedade administrativa, por ser o foco do trabalho, teve maior atenção, sendo demonstrado quais os elementos do ato administrativo que, em regra, haverá discricionariedade, o que se traduz na margem existente para o administrador possa optar por um ou outro ato de modo a alcançar a finalidade pretendida.

O estudo da discricionariedade administrativa é imprescindível para se ter uma noção do mérito administrativo, espaço que, em regra, não há espaço para a atuação/modificação do Poder Judiciário, sendo certo que a indevida interferência causa ofensa ao pilar do constitucionalismo moderno, que é o princípio da separação dos poderes.

A partir dessas análises foi possível verificar a possibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo, momento em que se pode dar uma maior ênfase aos critérios adotados por Banca Examinadora que, como mérito administrativo, não podem ser alterados.

Quanto aos critérios adotados, foram demonstradas as hipóteses em que permite-se ao Poder Judiciário rever os atos das Bancas Examinadoras, que se dá quando houver ilegalidades (ex. atuação fora do que fora definido no edital de abertura do certame) ou inconstitucionalidades, que, neste caso, ocorre quando o princípio da impessoalidade sofre alguma violação. No entanto, como mencionado no capítulo segundo, em casos de quebra de isonomia (correção e atribuição de pontos com parâmetros distintos no mesmo certame), o Magistrado deve, não só analisar se as respostas são idênticas e pontuadas de forma distinta, mas também analisar se o erro não ocorreu na atribuição de nota para a prova paradigma, pois pode fazer com que haja a perpetuação do equívoco da Banca Examinadora.

Ainda no segundo capítulo, foi demonstrado que a interferência indevida do Poder Judiciário nos critérios de correção faz com que ocorra violação ao princípio da isonomia, pois os candidatos que acionaram o Poder Judiciário e tiveram a sorte da sua ação ser julgada por Magistrado que adota o mesmo posicionamento, será submetido a critérios distintos dos demais, o que modificará toda a classificação final do certame. Destaca-se que se o julgamento dos critérios fosse realizado em ações coletivas, não haveria quebra de isonomia, contudo, tem-se entendido que se trata de direitos individuais disponíveis.

No terceiro e último capítulo, cuidou-se de demonstrar a tentativa do Supremo Tribunal Federal em pacificar a matéria, que analisou a possibilidade de modificação dos critérios adotados por Banca Examinadora em sede de repercussão geral, decidindo, com razão, pela impossibilidade. Contudo, conforme consta na sequência, ainda existem Tribunais que interferem no mérito administrativo em razão de existirem supostos erros grosseiros, gerando ainda insegurança jurídica.

Por fim, foi analisado o projeto da lei geral dos concursos, sendo demonstrado que, caso aprovada e sancionada com o texto analisado, haverá por parte do Poder Judiciário total legitimidade para intervir nos certames públicos, em detrimento do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas, sendo sancionada a lei, a problemática estaria resolvida? Pelo estudo realizado, entendemos que não. Pois ainda remanesceria toda a problemática que é causada pela indevida interferência.

Isso ocorre em razão da multiplicidade referente às análises das provas que podem gerar inúmeros padrões de respostas, fazendo com o que seja sepultado, de uma vez por todas, a isonomia que deveria prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 7a ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

CUNHA JR, Dirley, **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: JusPodivm, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**, 2ª ed. Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 8ª ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ed, Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29, ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. **Correção de Prova de Concurso Público e Controle Jurisdicional**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, v. 27, n. 57, suplemento, p. 261-276, 2003.