

AS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS PELO TEMA 485 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PARA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO A RESPEITO DE CONCURSOS PÚBLICOS, SÃO COMPATÍVEIS COM O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA CONSAGRADO NA CARTA MAGNA DE 1988

Élio Wanderley de Siqueira Filho
Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

Há que se parabenizar a Seção Judiciária de Pernambuco pela feliz iniciativa de homenagear o Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, que integra os seus quadros desde os idos de 1991. Venho acompanhando a sua atuação e testemunho o seu zelo no exercício do ofício judicante, inspirado em uma postura sempre caracterizada pelo bom senso e equilíbrio, com o cuidado de respeitar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, entre tantos outros. Igualmente merecedor de encômios a sua jornada, como Professor de tantas gerações, na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Não se trata apenas de reconhecer um magistrado diligente, mas de destacar uma personalidade jurídica cuja atuação sempre refletiu compromisso com a justiça material e a efetividade dos direitos fundamentais. Sua trajetória revela não apenas domínio técnico, mas também sensibilidade institucional e respeito à dignidade daqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

Aqui, optou-se por trazer reflexões sobre uma matéria que tenho enfrentado, constantemente, nas demandas que me são submetidas, como integrante do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Qual a melhor interpretação a ser conferida ao Tema 485 do Supremo Tribunal Federal? Estabeleceu aquele Tema que “não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora

para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade”.

A escolha da temática ora abordada dialoga com a postura sempre adotada pelo Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, ao longo de sua carreira. Sua atuação foi marcada pela recusa em aceitar soluções meramente formais quando estas implicavam injustiça concreta, especialmente em situações que exigiam a intervenção do Judiciário para assegurar direitos indevidamente restringidos.

Tenho percebido que, quando as bancas examinadoras não acolhem impugnações de respostas atribuídas a quesitos de provas de concursos públicos e candidatos que se consideram prejudicados recorrem ao Judiciário, via de regra, invoca-se este tema, para não apreciar os atos por elas praticados. Quase como se a resposta aos recursos interpostos pelos examinandos fosse insuscetível de análise em ações judiciais.

Convém lembrar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, consigna que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário a lesão ou a ameaça a direito”. A inafastabilidade do controle jurisdicional constitui princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e imperativo da garantia à dignidade da pessoa humana.

Não por outra razão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” (artigo 8º), assegurando-se, ainda, “um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais” (artigo 25).

Na concepção clássica lançada por Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Neste sentido, não se pode extrair do paradigma vinculante a existência de uma classe de atos proscritos ou incognoscíveis pelo Poder Judiciário, mas a

necessidade de uma atuação pautada na autocontenção e na subsidiariedade, ou seja, todo ato administrativo é, em alguma medida, judicialmente controlável, notadamente quanto à legalidade, à legitimidade e ao respeito aos direitos.

Em outro raciocínio, o princípio da deferência à Administração não obsta o controle judicial sobre os atos administrativos, antes orienta a atuação cautelosa do Estado-Juiz, de modo a evitar a substituição indevida do administrador, na tomada de decisões que envolvam critérios de conveniência, oportunidade ou avaliação técnica, preservando o equilíbrio entre os Poderes.

Por outro lado, conforme o artigo 37 do mesmo diploma, “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”. Aquele ou aquela que preencher os requisitos legais está habilitado a disputar uma vaga no serviço público, através do concurso, sem favorecimentos e privilégios. O concurso é (ou deveria ser) o meio pelo qual se identificará o melhor, o mais capacitado, o que demonstrar o maior conhecimento e experiência.

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos¹.

Assim sendo, cabe aos entes públicos a promoção dos certames, diretamente ou através de entidades especializadas regularmente contratadas com esse fim. Quem lograr uma colocação, na classificação, dentro das vagas dis-

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2005, p.502-503.

ponibilizadas, por ter obtido nota suficiente, respondendo, satisfatoriamente, as perguntas formuladas e apresentando os títulos necessários à pontuação necessária, se for o caso, faz jus à nomeação ou contratação.

A atuação administrativa, em todas as etapas do certame, tem a sua juridicidade firmada pela observância dos postulados constitucionais a ela inerentes. Decerto, a Constituição consagra o concurso público como o principal mecanismo de acesso aos cargos e empregos da Administração Pública, erigindo-o em instrumento de concretização dos princípios da igualdade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa. Nesse contexto, a elaboração, a aplicação e a correção das provas constituem etapas fundamentais para a efetivação de um processo seletivo pautado no mérito.

Como bem frisado pelo Ex-Ministro Eros Grau,

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 finalidade².

É evidente que devem ser observados com fidelidade os parâmetros estabelecidos no edital, que, como se costuma dizer, é a “lei” que rege o concurso. Daí já surge como imprescindível, sob pena de nulidade, que somente sejam abordados os temas estabelecidos no programa do concurso. Se a matéria é estranha ao conteúdo previamente contemplado, no pacto firmado entre a banca e os candidatos, a invalidação se impõe. Neste ponto, é bastante tranquilo que o Judiciário pode (e deve) reconhecer a lesão ao direito e obstar que se considere “a ilegalidade”.

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

A situação se complica, contudo, quando se está diante de casos em que a banca considera correta uma resposta que não o é. O verde não se torna vermelho, porque a banca examinadora assim entende.

A “liberdade” existente na fase interna do certame, notadamente na confecção do edital, na delimitação do conteúdo programático e mesmo na elaboração das provas, cede lugar à estrita observância de critérios técnico-científicos, no que concerne ao resultado do concurso. Desse modo, incumbe à autoridade administrativa, no exercício da sua discricionariedade técnica, explicitar as razões científicas que fundamentam os padrões de resposta contidos no gabarito oficial.

Sob essa perspectiva, defende Luiz Henrique Miguel Pavan que

(...) 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 [...] 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 fixados anteriormente no instrumento convocatório³.

Fábio Medina Osório, outrossim, salienta, quanto aos concursos da área jurídica, o seguinte:

(...) 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

3 PAVAN, Luiz Henrique Miguel. *O controle jurisdicional das provas do concurso público*. Revista da Defensoria Pública da União, n. 2, 2009, disponível em <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/174/153>

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 qualidade⁴.

Ora, se o edital consigna que será computado o ponto correspondente à alternativa correta e, na espécie, há mais de uma alternativa correta ou o gabarito aponta como certa uma alternativa equivocada, o edital foi frontalmente contrariado. Há, por consequência, uma patente ilegalidade, à medida que contrariada a “lei do concurso”.

Haverá, ainda, nesta violação ao edital, patente inconstitucionalidade e afronta a diversos preceitos e princípios extraídos do ordenamento jurídico pátrio. O objetivo do certame é o de selecionar os mais qualificados, o que se faz, apurando quem se saiu melhor e, evidentemente, respondeu corretamente às indagações postas. Quando isto não é observado, por capricho da banca, que se recusa a admitir que cometeu equívoco na atribuição da resposta, deve haver a revisão judicial.

A banca tem o dever de apreciar, motivadamente, as impugnações e recursos ofertados. É óbvio que existe uma preocupação em evitar que o Judiciário substitua os responsáveis pela seleção, o que atrasaria sobremaneira a conclusão do processo de escolha dos candidatos. Em contrapartida, há que se ter o cuidado necessário para garantir o tratamento isonômico entre os concorrentes. Mas não se pode compactuar com a manutenção do erro.

Registre-se que o direito dos examinandos a obter a nota efetivamente correspondente ao conhecimento por ele apresentado deve ser reconhecido não somente nas etapas em que formuladas questões objetivas, mas também quando se cuida das subjetivas. Isso porque a subjetividade não dispensa o

4 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, nº 13, abril maio, 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>

estabelecimento de parâmetros padronizados de correção. São elaborados espelhos a partir dos quais são indicados os aspectos que devem ser abordados pelo candidato, estipulando a respectiva pontuação. A partir dessas diretrizes, garante-se a isonomia entre os concorrentes.

Os avanços tecnológicos, ensejando a correção de provas com o emprego da inteligência artificial, não dispensam os responsáveis pelo processo seletivo da cautela em avaliar, com exatidão, os candidatos, o que pressupõe igual atenção na apreciação de suas impugnações e recursos, efetuando os ajustes pertinentes. Sabe-se que é difícil o Judiciário se posicionar neste assunto, sob pena de chamar para si um reexame de todos os questionamentos administrativamente formulados. Mas ele não pode se omitir. A lei não pode impedir o magistrado de se manifestar sobre um direito lesado ou ameaçado. E o Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição e, por consequência, também, das normas infraconstitucionais, igualmente não pode.

Logo, haverá ilegalidade e inconstitucionalidade sempre que a banca examinadora não motivar suas decisões ou quando a sua motivação não corresponder à realidade dos fatos. Se o edital estipula que só uma resposta está correta e aquela apontada pelo gabarito oficial não está, são patentes a ilegalidade e a inconstitucionalidade.

O Judiciário que promove o controle destes aspectos da atuação da banca examinadora não está a substituindo, corrigindo as provas em seu lugar, mas zelando para que o edital, o ordenamento jurídico como um todo e os princípios que regem a administração pública sejam efetivamente respeitados. O desafio consiste, contudo, em equilibrar a autonomia técnica da Administração com a exigência de respeito aos princípios constitucionais que estruturam o concurso público.

Outro tema que merece certa reflexão é a isonomia entre os candidatos. Ao admitir ao Judiciário a análise da vulneração ao edital, seja por contemplar a prova conteúdo nele não previsto, seja reputando como correta alternativa que não é, haverá repercussão na ordem de classificação, resultando, com frequência, em prejuízo a outros candidatos. A jurisprudência reputa prescindível a citação dos concorrentes como litisconsortes passivos necessários, no

entanto, seus interesses jurídicos são concretamente atingidos pela invalidação do ato da banca.

Também é interessante meditar sobre a diversidade de posicionamentos judiciais sobre a mesma matéria. Em concursos de abrangência nacional, é comum que candidatos proponham ações em diferentes unidades da federação, submetendo idênticas controvérsias a diversos juízos e tribunais. Por conseguinte, surgem decisões divergentes sobre a mesma pergunta ou sobre o mesmo critério de correção, o que pode produzir situações paradoxais: candidatos em contextos processuais distintos passam a usufruir de soluções jurídicas diferentes para um problema técnico idêntico.

Tudo isto precisa ser deliberado com a celeridade imposta pela própria dinâmica dos concursos públicos, face à urgência em prover as vagas que motivaram a sua realização.

Ao longo de sua atuação na magistratura federal, o Juiz Ubiratan contribuiu para a consolidação de uma jurisprudência comprometida com o acesso à justiça e a concretização dos princípios constitucionais. Sua postura firme, aliada à prudência e ao senso de equilíbrio, reforça a importância de um Judiciário atento não apenas à legalidade estrita, mas também à justiça das decisões.

Nesse contexto, a reflexão sobre os limites da atuação judicial em matéria de concursos públicos não pode ser dissociada da atuação de magistrados como o Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, cuja trajetória evidencia que a jurisdição deve ser exercida com independência, responsabilidade e compromisso com a verdade dos fatos.

Homenageá-lo, portanto, é reafirmar a necessidade de um Poder Judiciário vigilante, capaz de corrigir ilegalidades sem perder de vista os limites institucionais que lhe são próprios, sempre orientado pela Constituição e pelos valores que sustentam o Estado Democrático de Direito.