

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

**O CONTROLE JUDICIAL DAS QUESTÕES DO
EXAME DE ORDEM**

Autor: Bruno Matias Lopes

**Brasília – DF
2013**

BRUNO MATIAS LOPES

O CONTROLE JUDICIAL DAS QUESTÕES DO EXAME DE ORDEM

Monografia apresentada ao programa de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

**Brasília
2013**

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

Monografia de autoria de Bruno Matias Lopes, intitulada “O controle judicial das questões do Exame de Ordem”, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Público, em março de 2013, aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

RESUMO

LOPES, Bruno Matias. O controle judicial das questões do Exame de Ordem. 60 folhas. Monografia apresentada no programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

O Exame de Ordem surgiu como instrumento de aferição, pela Ordem dos Advogados do Brasil, da aptidão profissional do bacharel em Direito pretendente ao exercício da advocacia. Em face do rigor da avaliação, acompanhada do surgimento de diversos cursos de Direito, os questionamentos sobre o mérito da prova, a formulação de questões bem como a adequação das respostas eleitas pela banca examinadora, ultrapassaram os meios de recurso administrativo previstos em edital para desaguar no judiciário, quer por ações ordinárias, quer por mandado de segurança, como via mais usual. A jurisprudência pátria, por sua vez, tem-se mantido tímida, ao declarar que a formulação dos critérios de correção das provas de concursos e seleções públicas, como é o caso do Exame de Ordem, estariam adstritas ao mérito administrativo, ao juízo discricionário da banca examinadora na eleição oportuna e conveniente dos objetos de avaliação, apenas eventualmente estendendo o conceito de violação à legalidade para justificar a anulação de questões. Diante desse panorama, o presente trabalho visa investigar a natureza jurídica da formulação dos critérios de avaliação pela banca examinadora, a possibilidade de controle desses critérios pelo Poder Judiciário, seus limites, bem como a via processual, com os meios de prova cabíveis, apta a suscitar o controle em âmbito judicial. Ademais, buscamos tratar brevemente da viabilidade prática de tal controle, em vista da massificação das demandas e da atual gestão processual levada a efeito no âmbito Judiciário.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Controle dos atos administrativos. Controle judicial das questões de provas de concursos e seleções públicas. Exame de Ordem. Discricionariedade técnica.

ABSTRACT

LOPES, Bruno Matias. Judicial Control of Lawyers Exam Items. 60 sheets. Monograph presented to the Graduated Studies Program in Administrative Law at Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

The Lawyers Exam appeared as a measurement instrument, by the Brazilian Order of Lawyers (OAB), of the professional aptitude of the bachelor in law who is a claimant for the exercise of legal profession. In view of the accuracy of the evaluation, accompanied by the appearance of several Law courses, the questioning about the merit of the exams, the formulation of items as well as the appropriateness of answers elected by the examination board, exceeded the means of administrative appeals estimated in edicts to get in the judiciary, by the ordinary shares or by writ of mandamus. The jurisprudence has been fairly timid by stating the wording of criteria of the accuracy of the public tenders and public selection exams, as an example the Lawyers Exam, would be attached to the administrative merit, to the discretionary evaluation of the examination board in the opportune and convenient election of the objects of assessment, eventually extending the violation of law concept to justified the annulment of questions. Facing this situation, this research intend to look into the legal nature of the wording of criteria evaluation by the examination board, the possibility control of those criteria, their limits, as well as the procedure, with the means of appropriate evidence, able to incite the control in judicial framework. In addition, we intend to argue about the practical feasibility from such control, in view of the massification of demands and the procedural management carried out on the judicial framework.

Word keys: Administrative Law. Control of Administrative Acts. Judicial control of the items of public tenders and selection exams. Exam of Lawyers. Technical Discretions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O EXAME DE ORDEM COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA APTIDÃO PROFISSIONAL.....	9
2. A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DAS QUESTÕES QUE COMPÕE O EXAME DE ORDEM E A ATUAL JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	19
3. DA HIPÓTESE DE SINDICABILIDADE JUDICIAL DO EXAME DE ORDEM.....	31
3.1 – Discricionariedade administrativa versus a ‘discricionariedade’ técnica (ou aplicação de conceitos jurídicos indeterminados).....	31
3.2 – Das formas e limites processuais para controle das questões de Exame de Ordem.....	36
3.3 Da inviabilidade prática do controle judicial. Desatendimento à razoável duração do processo.....	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

Cuida o presente trabalho de investigar a possibilidade de controle judicial das questões do Exame de Ordem, bem como seus limites e meios processuais.

O Exame de Ordem surge como instrumento para que a Ordem dos Advogados do Brasil afira a aptidão profissional dos bacharéis em Direito pretendentes ao exercício da advocacia. Contudo, com o rigor da avaliação, acompanhada pelo crescimento exponencial de cursos jurídicos de graduação no país, a discussão relativa ao mérito das questões que compõe as provas transcendeu os meios de recurso administrativo previstos em edital para afluir no Poder Judiciário, ao fundamento de controle judicial das referidas questões.

O Judiciário pátrio, a seu turno, posiciona-se timidamente em relação ao tema, atribuindo à discricionariedade da banca examinadora, livre para estabelecer os critérios de correção, a impossibilidade de adentrar ao mérito das questões, sob pena de imiscuir-se indevidamente no mérito administrativo.

A matéria, portanto, é de notável interesse social. Na IX edição do exame unificado, cuja competência para aplicação é do Conselho Federal da OAB, dos 118.217 (cento e dezoito mil duzentos e dezessete) inscritos, apenas 16,67% lograram obter aprovação na primeira fase¹. Os ânimos dos candidatos, por sua vez, se exaltam a ponto de judicializar a irresignação decorrente da reprovação do certame.

Considerando a atual situação, bem como o posicionamento jurisprudencial demonstrado, surgem questões de relevo no tocante à possibilidade do controle judicial das questões do Exame de Ordem eventualmente viciadas e, em caso positivo, os meios processuais de levá-lo a efeito.

¹ IX Exame: OAB registra 16,67% de aprovação na prova objetiva. Assessoria de Imprensa do Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, 15 de janeiro de 2013, disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/25033/ix-exame-oab-registra-16-67-de-aprovacao-na-prova-objetiva>>. Acesso em 14 fev. 2013.

Partimos, portanto, da análise do Exame de Ordem tal qual instrumento de aferição prévia da aptidão dos bacharéis que pretendam o exercício da advocacia, sua natureza de seleção pública em face das feições jurídicas atribuídas à Ordem dos Advogados do Brasil e ao próprio exercício da advocacia como atividade essencial à administração da justiça.

Em sequência, faz-se uma breve análise do atual panorama jurisprudencial brasileiro em matéria de controle das questões do Exame de Ordem, notadamente no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja competência é atraída em face do domicílio do Conselho Federal da OAB, bem como da problemática que orbita o controle de questões de provas de concursos e seleções públicas de maneira geral, a pretexto da discricionariedade que possuem as bancas examinadoras.

Por fim, investigamos como a doutrina brasileira vem incorporando conceitos do direito estrangeiro, notadamente oriundos da Itália e Alemanha, sobre a natureza jurídica das questões de provas, as balizas para atuação da banca examinadora e a possibilidade de controle judicial com parâmetro em tais balizas, acaso desbordadas. Nesse contexto, testando a possibilidade de controle judicial das questões, pela discricionariedade técnica da banca, buscou-se identificar os meios processuais cabíveis para o exercício do referido controle judicial, seu rito, a necessidade de dilação probatória e, ao final, aferir a viabilidade do exercício do controle judicial das questões das provas do Exame de Ordem diante da atual gestão Judiciária e da entrega da prestação jurisdicional em atendimento à razoável duração do processo.

1. O EXAME DE ORDEM COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA APTIDÃO PROFISSIONAL

O Exame de Ordem possui previsão na Lei n. 8.906/1994, instituído hodiernamente, portanto, conjuntamente com o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. A aprovação no certame constitui condição *sine qua non* para o requerimento de inscrição nos quadros da OAB, como se verifica da legislação citada, *ipsis litteris*:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - **aprovação em Exame de Ordem**;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

§ 1º **O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.**

(...)

Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:

(...)

VI - realizar o Exame de Ordem;²

(grifos não constam do original)

Como leciona Paulo Lôbo, *o Exame de Ordem é um exame de aferição de conhecimentos jurídicos básicos e de prática profissional do bacharel em direito que deseja exercer a advocacia*³.

Como se extrai do texto normativo, portanto, a Lei atribuiu à Ordem dos Advogados do Brasil a competência para regulamentar a executar o Exame de Ordem, em todos os seus aspectos. Nesse particular, compete à OAB, inclusive, a nomeação de banca examinadora, a contratação de pessoa jurídica para aplicação do certame, atualmente exercida pela Fundação Getúlio Vargas, a constituição da banca recursal, enfim, todos os atos necessários para a seleção dos bacharéis em Direito que pretendam a inscrição nos quadros da entidade, tudo conforme o atual Provimento n. 144/2011 do Conselho Federal da OAB.

² BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Sítio oficial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 14 fev. 2013.

³ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99

Necessário registrar que desde 2009, com o advento do Provimento n. 136/2009 do Conselho Federal da OAB, iniciou-se um processo de unificação do certame, a fim de evitar a ocorrência de inconsistências entre as diversas Seccionais que podiam, isoladamente, executar o exame. Menciona-se, por exemplo, bacharéis que buscavam realizar a prova em outro Estado da Federação a julgar que as questões formuladas por determinado Conselho Seccional da OAB possuíam menor grau de dificuldade do que em seu Estado de origem, prática que resultou na exclusão de alguns inscritos, como ilustra a seguinte ementa do CFOAB:

REPRESENTAÇÃO N. 49.0000.2012.007571-0/PCA. Repte: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Repdo: Conselho Seccional da OAB/Piauí. Interessado: João Beltrami Hansen, OAB/PI 3462 (Adv.: Edson Luiz Noronha, OAB 97551). Relator: Conselheiro Rafael de Assis Horn (SC). EMENTA PCA/134/2012. REPRESENTAÇÃO. VÍCIO NA INSCRIÇÃO ORIGINÁRIA. PROVAS INCAPAZES DE COMPROVAR DOMICÍLIO CIVIL À ÉPOCA EM QUE REALIZADO O EXAME DE ORDEM. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO PRINCIPAL. **Viciada a inscrição originária quando o bacharel, reprovado em exame de ordem na Seccional em que se graduou e possui domicílio eleitoral, à outra se dirige e, alcançando êxito, pleiteia, posteriormente, inscrição suplementar naquela em que pretendeu inscrever-se inicialmente.** ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros da 1ª Câmara do CFOAB, por unanimidade de votos, pela procedência da representação para cancelar a inscrição originária do interessado nos termos do voto do relator. Impedidos de votar os representantes das Seccionais da OAB/SP e OAB/TO. Brasília, 10 de dezembro de 2012. José Luis Wagner, Presidente em exercício. Rafael de Assis Horn, Relator. (DOU. S. 1, 20/12/2012, p. 321)⁴ (grifamos)

Por fim, atualmente se aplica uma prova unificada nacionalmente, cuja competência para prática dos atos – *v. g.* convocação por edital, homologação das inscrições, divulgação de resultados, abertura do prazo recursal etc. – recai ao Conselho Federal da OAB. Por essa razão, inclusive, modificou-se o polo passivo das ações que versam sobre questões do Exame de Ordem, encontrando-se concentradas em face do Conselho Federal da OAB e seu Presidente, conforme a medida judicial eleita – ação ordinária ou mandado de segurança.

⁴ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Representação n. 49.0000.2012.007571-0/PCA, Representante: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Representado: Conselho Seccional da OAB/Piauí. Interessado: João Beltrami Hansen, Relator: Conselheiro Rafael de Assis Horn, Brasília, DF, 10 de dezembro de 2012, Diário Oficial da União, seção 1, 20/12/2012, p. 321.

O atual Exame de Ordem unificado, tal como concebido no Provimento n. 144/2011 do CFOAB, é composto por duas etapas, quais sejam, a prova objetiva, constituída por 80 (oitenta) questões de múltipla escolha e uma única alternativa correta, e a prova prático-profissional, de natureza discursiva, caracterizada pela formulação de uma peça prático-profissional – peça jurídico-processual privativa de advogado – e quatro questões jurídicas. Ambas as etapas possuem caráter apenas eliminatório.

O bacharel deve atender a um mínimo de 40 (quarenta) acertos na prova objetiva, equivalente ao aproveitamento de 50% (cinquenta por cento) das questões que compõe a prova, para lograr aprovação na primeira fase do certame e habilitar-se para a realização da prova prático-profissional. Esta etapa, por sua vez, condiciona aprovação final no certame à obtenção de nota 6,0 (seis), num valor global possível de 10,0 (dez) pontos distribuídos na proporção de 5,0 (cinco) pontos dentre os quesitos estruturais da peça prático-profissional e 1,5 (um ponto e meio) dentre os quesitos constituintes das 4 (quatro) questões discursivas.

O conteúdo programático das duas etapas, conforme igualmente previsto no referido Provimento é o seguinte:

Art. 11. O Exame de Ordem, conforme estabelecido no edital do certame, será composto de 02 (duas) provas:

(...)

§ 3º O conteúdo das provas do Exame de Ordem contemplará as disciplinas do Eixo de Formação Profissional, de Direitos Humanos, do Estatuto da Advocacia e da OAB e seu Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, podendo contemplar disciplinas do Eixo de Formação Fundamental.

§ 4º A prova objetiva conterá, no mínimo, 15% (quinze por cento) de questões versando sobre Estatuto da Advocacia e da OAB e seu Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina e Direitos Humanos.⁵

A aplicação de exame prévio de aferição da aptidão profissional para o exercício da advocacia não constitui exclusividade brasileira, nem mesmo uma medida hodierna. Na lição de Lôbo:

⁵ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Provimento n. 144, de 13 de junho de 2011. Dispõe sobre o Exame de Ordem. Sítio oficial do Conselho Federal da OAB. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/144-2011?search=144&provimentos=True>>. Acesso em 14 fev. 2013.

No mundo luso-brasileiro, a fonte remota do exame de Ordem é o exame que as Ordenações Filipinas (Livro 1, Título XLVIII) exigiam para os que desejassem atuar como procuradores na Casa de Suplicação, em Portugal.

(...)

A exigência de Exame de Ordem ou do equivalente Exame de Estado (prestado perante tribunais ou outros órgãos públicos) para os que desejam exercer a advocacia é procedimento comum em quase todos os países do mundo. Na maioria dos países o Exame de ordem ou equivalente é exigível juntamente com um estágio realizado *após* a graduação, durante dois anos, em média. Na Inglaterra, por exemplo, o bacharel em direito para poder advogar como *barrister* perante os tribunais superiores em inscrever-se em uma das questões *Inns of Court* deve submeter-se a dois exames, e para advogado como *solicitor* nos juízos e tribunais inferiores deve submeter-se a exame perante uma das *Law Societies* (Karalfy, 1990:288-90). Em França, são exigidos dois exames para obtenção do C.A.P.A (*certificat d'aptitude à la profession d'avocat*), um, para ingresso na Escola de Formação Profissional de Advogados (EFB); outro, após um ano de estudos de prática profissional; uma vez prestado o compromisso, o jovem advogado deve realizar estágio de dois anos na Escola, em escritórios, empresas, órgãos públicos, defendendo causas e dando consultas.⁶

Portanto, conquanto a existência de questionamentos quanto à aplicação do Exame de Ordem como condição do exercício profissional, certo é que sua aplicação encontra paralelos em países de diferentes escolas jurídicas, oriundas do ramo romano-germânico ou do anglo-saxão, diante do relevo e importância do advogado na formação e evolução dos estados modernos.

No modelo brasileiro, necessário trazer à atenção o fato notório de disseminação de cursos jurídicos, havida notadamente no decorrer da década de 1990, o que motivou um controle maior da Ordem dos Advogados do Brasil quanto à qualificação mínima dos profissionais recém-formados, a pretexto de uma ausência de rigor maior do Ministério da Educação, autoridade competente para expedir autorizações de instalação e funcionamento dos cursos superiores.

Diante desse quadro fático, a Ordem dos Advogados do Brasil desenvolveu um modelo cada vez mais rigoroso de avaliação, de modo a reunir matérias do eixo básico para formação profissional e humanística, visando aferir a qualificação mínima necessária para o exercício da advocacia.

⁶ LÔBO, op. cit., p. 100/102.

Em face desse panorama, o sistema de seleção se tornou rígido a ponto de resultar em uma grande quantidade de reprovações – ilustrado pelo percentual de 16,67% de aprovação na primeira fase da IX edição Unificada do Exame⁷ –, o que vem suscitando fortes críticas ao modelo de avaliação e quanto à sua legitimidade em si, notadamente em face dos princípios constitucionais relacionados ao livre exercício profissional.

Nesse particular, muitos bacharéis questionam a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil em condicionar a inscrição profissional, e conseqüentemente o exercício profissional da advocacia, à realização do Exame quando já se possui um título reconhecido pela autoridade pública competente que lhe confere o grau de bacharel em ciências jurídicas.

Esse questionamento, por sua vez, pode ser vislumbrado pela existência de ações judiciais com fundamento na suposta inconstitucionalidade da exigência de prévia aprovação no Exame de Ordem para requisição da inscrição profissional, algumas das quais foram julgadas procedentes na origem, posteriormente reformadas em grau de recurso, como ilustra a medida liminar deferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 0019460-45.2010.4.05.0000⁸.

Nos referidos autos, o Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho do Tribunal Regional da 5ª Região deferiu liminar em Agravo de Instrumento para autorizar a inscrição de bacharéis nos quadros da OAB sem necessidade de aprovação em Exame de Ordem, ao fundamento de sua inconstitucionalidade. Tal decisão, contudo, teve sua eficácia suspensa por decisão do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal nos autos da Suspensão de Segurança n. 4321⁹, em face

⁷ IX Exame: OAB registra 16,67% de aprovação na prova objetiva. Assessoria de Imprensa do Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, 15 de janeiro de 2013, disponível em < <http://www.oab.org.br/noticia/25033/ix-exame-oab-registra-16-67-de-aprovacao-na-prova-objetiva>>. Acesso em 14 fev. 2013.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Agravo de Instrumento n. 0019460-45.2010.4.05.0000. Agravante: Francisco Cleuton Maciel e outros. Agravado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Ceará. Andamento processual e íntegra das decisões disponíveis no sítio oficial do TRF: < <http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em 14 fev. 2013.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 4321. Requerente: Conselho Federal da OAB. Requerente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Ceará. Requerido: Relator do agravo de instrumento nº 00194604520104050000 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Requerido: Francisco Cleuton Maciel e outros. Andamento processual e íntegra das decisões disponíveis no sítio oficial do Supremo Tribunal Federal, acessada através do endereço:

do efeito multiplicador da decisão, bem como pela iminência do julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.583, naquela Corte, sobre a mesma matéria.

Como visto, a inconstitucionalidade do Exame de Ordem é suscitada diante da garantia fundamental encartada no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual *é livre o exercício profissional de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*.

A norma constitucional em testilha configura hipótese de uma reserva legal qualificada que, na lição de Gilmar Mendes:

(...) não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Dessarte, prevê-se, no art. 5º, XIII, da Constituição, ser “livre o exercício profissional de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Na representação n. 930, assentou o Tribunal que, “no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não”.

Embora o acórdão invoque o fundamento da razoabilidade para reconhecer a inconstitucionalidade da lei restritiva, é fácil ver que, nesse caso, a ilegitimidade da intervenção assentava-se na própria disciplinar legislativa, que extravasara notoriamente o mandato constitucional (atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Portanto, restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais.¹⁰

Nessa toada, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema ao interpretar o Exame de Ordem conforme os demais dispositivos constitucionais que asseguram o exercício de determinadas profissões às demais qualificações e exigências previstas em lei, conforme a ementa a seguir citada:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4012742>, acesso em 14 fev. 2013.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236.

qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. **O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.**¹¹
(grifamos)

Diante da decisão supracitada, a celeuma quanto à eventual inconstitucionalidade do exame em si deixou de ser judicializada com a frequência de outrora. Contudo, é possível afirmar que os ânimos dos bacharéis que amargam a reprovação no exame não se arrefeceu.

Em verdade, diversas ações judiciais já encartavam no pedido e causa de pedir, para além da constitucionalidade do certame em si, o questionamento judicial mesmo dos critérios de avaliação, diante da irresignação em face da resposta atribuída à determinada questão pela banca examinadora, ou mesmo da adequação do quanto firmado nos cadernos de prova com o padrão de respostas formulado pela banca.

Nesse tocante, a judicialização da correção de questões de prova de concurso e seleções públicas não constitui novidade na jurisprudência pátria, registrando-se decisão do Supremo Tribunal Federal que remonta o ano de 1968, *litteris*:

FUNCIONÁRIOS PUBLICOS. OS CRITÉRIOS DOS EXAMINADORES DE CONCURSOS, DESDE QUE NÃO DISCRIMINEM NEM SE AFASTEM DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES, NÃO SÃO SUSCEPTIVEIS DE REVISÃO JUDICIAL POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA.¹²

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 603.583, recorrente: João Antônio Volante, recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, recorrido: União Federal, interessado: Associação dos Advogados de São Paulo, relator Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, DF, 26 de outubro de 2011, publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 102, em 25 mai. 2012.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 18.559, relator Ministro Aliomar Baleeiro, Brasília, DF, 24 de setembro de 1968, publicado no Diário de Justiça de 10 nov. 1968, p. 4801.

Notadamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu maior rigor para seleção de empregados e servidores públicos em face da obrigatoriedade de aprovação em concurso, as avaliações se tornam cada vez mais especializadas, no mesmo compasso da especialização dos candidatos. E inobstante a reconhecida capacitação e titularização das bancas examinadoras, a discussão quanto à correção técnica das questões que compõem as provas tem ultrapassado os meios recursais previstos em edital, de natureza administrativa, para instalarem-se no seio do Poder Judiciário, ao fundamento do controle que este exerce nos atos administrativos, a ser posteriormente abordado.

Nesse sentido, o questionamento judicial das questões de prova não se limitou aos concursos para cargos e empregos públicos, alcançando, igualmente, a judicialização das questões do Exame de Ordem em face da sua natureza de seleção pública.

Nesse particular, necessário registrar que a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza ímpar no elenco da Administração Pública brasileira, constituindo serviço público dotado de características próprias das entidades privadas e, ao mesmo tempo, de natureza pública. Essa foi a definição do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3026, assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. **A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das**

personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

(...)

12. Julgo improcedente o pedido.¹³

(grifamos)

Ademais, conforme se extrai do texto constitucional, conforme norma do art. 133 da Carta Magna, o exercício da advocacia constitui *munus* público, essencial à administração da Justiça, o que, conseqüente, dota de caráter público a seleção e disciplina dos advogados.

Tais fundamentos, portanto, constituem o substrato para a judicialização da correção técnica das questões que constituem as diferentes etapas do Exame de Ordem, na medida em que a Ordem dos Advogados do Brasil, conquanto sua natureza híbrida, estaria incumbida na função administrativa *sui generis* de seleção dos advogados.

Assim, diversos candidatos do Exame de Ordem, irresignados com eventual reprovação e discordando dos critérios de correção levados a efeito pela banca examinadora, quer na eleição de alternativa correta quer na adequação das respostas firmadas pelo candidato ao gabarito oficial da prova discursiva, ou mesmo quanto a eventual desnecessidade de um ou outro quesito avaliado, vem ajuizando ações judiciais com vistas a questionar a perfeição técnica do Exame de Ordem.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026, requerente: Procurador-Geral da República, requerido: Congresso Nacional, interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relator Ministro Eros Grau, Brasília, DF, 8 de junho de 2006, publicado no Diário de Justiça de 29 set. 2006.

É possível sistematizar os principais fundamentos judiciais de revisão da correção no Exame de Ordem às seguintes situações fáticas: (i) inconsistência em questão objetiva da primeira fase, (i.a) que contempla mais de uma resposta correta, (i.b) que não possui resposta correta, (i.c) dotada de erro material de formulação, (i.d) cuja matéria refoge ao conteúdo programático do edital, ou (i.e) cuja resposta encontra divergência doutrinária ou jurisprudencial; e (ii) inconsistência na peça prático-profissional ou nas questões discursivas que (ii.a) foram respondidas em atendimento ao padrão oficial, ainda que mediante interpretação extensiva da resposta, e não receberam a pontuação correspondente, (ii.b) dotada de erro material na formulação ou com enunciado dúbio, (ii.b) cuja resposta eleita pela banca examinadora diverge da doutrina ou jurisprudência, (ii.c) cujo objeto da avaliação desborda do conteúdo programático da prova¹⁴.

Atualmente a jurisprudência pátria tem se apresentado de forma bastante tímida quanto à possibilidade de o Poder Judiciário debruçar-se sobre os critérios de correção utilizados nas provas do Exame de Ordem, e, em alguns casos, o grau de profundidade com que os magistrados estão autorizados a intervir na avaliação de um candidato.

Nesse sentido, portanto, faz-se necessário realizar uma breve análise do panorama jurisprudencial atual, de modo a averiguar o modo de o Judiciário pátrio tratar o tema.

¹⁴ Estimativa realizada a partir das ações distribuídas em face do Conselho Federal da OAB entre setembro de 2011 a dezembro de 2012.

2. A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DAS QUESTÕES QUE COMPÕE O EXAME DE ORDEM E A ATUAL JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Diante do panorama até então apresentado quanto ao Exame de Ordem como instrumento de aferição prévia da aptidão profissional para o exercício da advocacia, bem como da massiva judicialização dos critérios de correção levados a efeito pelas bancas examinadoras, cumpre analisar o atual entendimento do Judiciário pátrio.

Nesse sentido, a doutrina mais tradicional enquadra a formulação dos critérios de avaliação de concursos e seleções públicas, bem como a própria elaboração de questões e seus gabaritos, como o mérito de um ato administrativo voltado à discricionariedade do agente.

Nesse sentido, calha registrar a lição de Hely Lopes Meirelles, *litteris*:

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, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público.¹⁵

Portanto, em tese, nada justificaria o controle judicial das questões de provas de concursos e seleções públicas a não ser a violação à isonomia entre os candidatos ou ilegalidade patente, aferida *primo ictu oculi*. Tais ilegalidades, por sua vez, estariam relacionadas mormente à violação de algum preceito do edital ou exigência em desconformidade com a lei.

Nesse sentido, inclusive, se sedimentou a jurisprudência sobre a judicialização das correções do Exame de Ordem, notadamente no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que concentra as mais recentes ações em matéria de exame, em face da competência territorial atraída pelo domicílio da sede do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, senão vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. OAB.
EXAME DE ORDEM. REAPRECIÇÃO DE QUESTÕES.
AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 421.

APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Não compete ao Poder Judiciário substituir o Administrador na correção de questões de prova quando reconhecida a ausência de ilegalidade, mormente em sede de mandado de segurança. 2. Sentença mantida. 3. Apelação não provida.¹⁶

ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL-OAB. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE ORDEM. REVISÃO DE PROVAS. ANULAÇÃO DE QUESTÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não cabe ao Judiciário substituir-se à Banca Examinadora na valoração das respostas, competindo-lhe, apenas, examinar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo. 2. Hipótese, ademais, em que, mesmo com a anulação das questões impugnadas e atribuição dos pontos respectivos ao apelante, não alcançaria ele a nota mínima (cinco) para aprovação, eis que somaria 4,522 pontos, não havendo no Regulamento previsão de arredondamento, mas, sim, de atribuição de notas em números inteiros, o que é diferente. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida.¹⁷

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. EXAME DE ORDEM. REVISÃO DE NOTAS PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. I - Se não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à Banca Examinadora do Exame da OAB, limitada a sua atuação, em casos que tais, à apreciação de eventual ilegalidade do procedimento administrativo do exame em referência, **afigura-se incabível a apreciação do mérito dos critérios de correção das provas aplicadas no certame**. II - Apelação desprovida. Sentença confirmada.¹⁸
(grifamos)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME DE ORDEM. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PROVA SUBJETIVA. ANULAÇÃO DE QUESTÃO CONSTANTE DAS PROVAS DO CERTAME PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. No que concerne a exame da OAB, não cabe ao Poder Judiciário, julgar procedimentos de avaliação e correção das questões das provas, uma vez que se trata de competência da banca examinadora, salvo quando ocorrer na realização do certame ilegalidade. 2. Apelação a que se nega provimento.¹⁹

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0033524-17.2000.4.01.3300/BA. Apelante: Guilherme Cardoso Pexoto. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Bahia. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, DF, 24 de maio de 2002. Publicado no Diário de Justiça de 10 jun. 2002, p. 111.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 2001.33.00.021492-0/BA. Apelante: Luciano Freire de Carvalho Matos. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Bahia. Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, DF, 16 de setembro de 2002. Publicado no Diário de Justiça de 9 out. 2002, p. 102.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0006370-26.2002.4.01.3600/MT. Apelante: Joao Paulo Haddad Franco Dalia. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, DF, 25 de agosto de 2003. Publicado no Diário de Justiça de 15 set. 2003, p. 101.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0006204-88.2006.4.01.3200/AM. Apelante: Antonio Costa e Outros. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil

MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME DE ORDEM (OAB) - QUESTÃO SUBJETIVA: CRITÉRIOS E ATRIBUIÇÃO DE NOTA - IMPOSSIBILIDADE - JURISPRUDÊNCIA - APELAÇÃO DO IMPETRANTE NÃO PROVIDA - APELAÇÃO DA OAB-GO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. Ao Poder Judiciário é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões do concurso público, excepcionalmente, contudo, havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, por ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital - o que não é o caso. (No mesmo sentido: STF, T2, RE n. 140242/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 21/11/1997, pág. 60598; STJ, T6, REsp n. 935222/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 18/02/2008, pág. 90). 2. Apelação do impetrante não provida. 3. Apelação da OAB-GO e remessa oficial providas: segurança denegada. 4. Peças liberadas pelo Relator, em 24/08/2010, para publicação do acórdão.²⁰

ADMINISTRATIVO. OAB. EXAME DE ORDEM. CONTROLE JURISDICIONAL. CORREÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não cabe ao Poder Judiciário examinar os critérios de formulação e avaliação das provas e notas no exame de ordem da OAB, sua competência é limitada ao exame da legalidade do procedimento administrativo. 2. Não demonstrada qualquer irregularidade no procedimento administrativo, inclusive, conforme afirmado pelo próprio impetrante, todos os recursos administrativos foram analisados. 3. Apelação a que se nega provimento. Segurança denegada.²¹

A jurisprudência colacionada acima demonstra a atribuição à banca examinadora de uma exclusividade quase absoluta para fixação dos quesitos e critérios de correção das provas que compõe o Exame de Ordem, declarando a excepcionalidade da sindicância judicial das questões.

Atribui-se à banca, portanto, a competência administrativa própria à produção dos atos administrativos discricionários, donde se extrai a impossibilidade, em tese, de o Judiciário se imiscuir nos critérios próprios ao juízo de oportunidade e

- Seção do Amazonas. Relator Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Brasília, DF, 15 de maio de 2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 25 set. 2009, p. 660.

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0005361-67.2004.4.01.3500/GO. Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Goiás. Apelado: Cassio Martins Peixoto. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 24 de agosto de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 3 set. 2010, p. 321.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0023423-76.2004.4.01.3300/BA. Apelante: Marcos Vieira Pinto da Silva. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção da Bahia. Relator Juiz Federal Convocado Carlos Eduardo Castro Martins. Brasília, DF, 2 de outubro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 19 out. 2012, p. 1576.

conveniência do administrador, sob pena de indevida intervenção de um Poder da república em outro, a saber, do Judiciário em face do Executivo.

Na lição do festejado professor Almiro do Couto e Silva,

A fundamentação jurídica para essa conclusão estaria em que o juízo sobre o acerto ou o desacerto de questões formuladas em prova de concurso público, a correção ou incorreção de respostas dadas pelos candidatos, quando comparadas com o gabarito oficial, seria matéria que diria respeito ao mérito dos atos administrativos.

Em outras palavras, todas essas indagações estariam relacionadas com a discricionariedade administrativa, campo ao qual jamais se permitiu que o Poder Judiciário tivesse acesso, pois, do contrário, restaria violado o princípio da separação das funções do Estado. 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.²²

Assim, estaria no âmbito da liberdade do agente público, *in casu* a banca examinadora, a livre formulação das questões e dos critérios de avaliação, pois no legítimo exercício para produção do ato administrativo discricionário.

De forma mais recente, contudo, a jurisprudência tem caminhado para ampliar os conceitos de ilegalidade a fim de adentrar às questões e quesitos de avaliação dotados de erro material, incluindo-se em tal conceito as questões objetivas que, por vezes, apresentam nenhuma ou mais de uma alternativa correta, ou as questões discursivas, na qual não se atribui corretamente a pontuação devida ao quesito, conquanto supostamente atendida pelo candidato.

Nesse sentido, calha registrar as decisões abaixo, igualmente proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que representam esse paulatino avanço judicial para a sindicância da correção técnica das questões do exame de ordem, conquanto sob o pálio da correção de ilegalidade:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB/GO. EXAME DA ORDEM. CONTEÚDO FORA DO EDITAL. ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DA QUESTÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. 1. "Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se

²² 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, p. 261.

cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso" (RE 434.708, rel. Min. Sepúlveda Pertence). (AMS 0009811-91.2006.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.152 de 23/09/2011). 2. **Reconhecida, mediante prova pré-constituída, que determinada questão envolveu temática não contemplada no conteúdo programático das provas de conhecimento no respectivo edital do exame (Recurso Especial), tal conduta administrativa viola o princípio da legalidade.** Portanto, a sentença merece ser mantida para que a questão seja anulada e a impetrante seja considerada aprovada no exame. 3. Apelação e remessa oficial desprovidas.²³ (grifamos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCESSÃO DE PONTO NA PROVA OBJETIVA DO EXAME DA OAB/PI. ERRO MATERIAL.** PARTICIPAÇÃO DO CANDIDATO NA 2ª FASE DO CERTAME.. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA PELO TEMPO. SENTENÇA CONCESSIVA MANTIDA, POR DUPLO FUNDAMENTOS. 1. In casu, a liminar deferida reconheceu erro material correspondente à questão n. 74 da prova objetiva do Exame da OAB/PI 2010.1, para o fim de assegurar à impetrante, preenchidos os demais requisitos, a participação na 2ª fase do referido certame. A sentença foi concessiva da segurança, diante do equívoco da Administração. 2. O erro material detectado pelo Estado-Juiz restou reconhecido pela própria OAB/PI, tanto que a referida autarquia não recorreu sequer da sentença concessiva da segurança. 3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção de provas de concurso público. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame. **Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão de prova de concurso público que possa causar prejuízo aos candidatos, ou a ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade** (AMS 0012470-05.2008.4.01.3400/DF, Rel. Conv. Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (conv.), Sexta Turma,e-DJF1 p.333 de 07/03/2012). 4. Além do mais, em seu decreto sentencial, ressaltou o Juízo a quo: "[...] ...a liminar deferida às fls. 63/65, ao (...)viabilizar a sua participação na 2ª fase do referido exame, exauriu o pedido da autora, o qual consistia exatamente em garantir a sua participação na 2ª fase do Exame de Ordem 2010.1. Deste modo, a liminar deferida (...)dado a situação fático-jurídica dela advinda e já consumada no tempo, merece ser mantida. [...]". 5. Precedentes desta Corte: AMS 0006264-70.2007.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0001308-09.2005.4.01.3500/GO. Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil. Apelado: Fernanda Reis Andrade Mendonça. Relator Juiz Federal Convocado Alexandre Buck Medrado Sampaio. Brasília, DF, 6 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 30 nov. 2012, p. 1321.

Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma,e-DJF1 p.128 de 25/02/2011; REOMS 0019497-93.2009.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma,e-DJF1 p.155 de 12/03/2012; AGAMS 2006.39.00.009469-1/PA, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Conv. Juiz Federal Evaldo De Oliveira Fernandes, Filho (conv.), Quinta Turma,e-DJF1 p.1241 de 10/02/2012. 6. Remessa oficial não provida. Sentença mantida.²⁴

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME DE ORDEM (OAB-MT) - REEXAME DE QUESTÕES DE PROVA - SENTENÇA CONCESSIVA - REGISTRO REALIZADO - SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA: REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. 1. O entendimento desta Corte, na linha da jurisprudência dos Tribunais Superiores, é no sentido de que ao Poder Judiciário é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na formulação e na avaliação de mérito das questões e atribuições de notas por ela estabelecidas, limitando-se, sua interferência, ao exame da legalidade do edital e do procedimento administrativo. 2. **O reconhecimento pelo Poder Judiciário de erro material e de incorreção na contagem de pontos autoriza a atribuição dos pontos ao impetrante, em atenção ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.** 3. A despeito da decisão judicial que, corrigindo erro material, determinou a majoração da nota, o impetrante não logrou êxito no certame, permanecendo inabilitado na prova prático-profissional do Exame de Ordem 2008.2. 4. Remessa oficial não provida. 5. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 10 de julho de 2012., para publicação do acórdão.²⁵ (grifos não constam do original)

Demonstra-se, portanto, que, excepcionalmente, o Judiciário enfrenta o mérito das decisões administrativas para corrigir erro material com fundamento no princípio da legalidade.

Para além dessas situações, há de se registrar a atribuição de pontos, também, em face da violação ao princípio da isonomia, mormente em se tratando de prova discursiva, quando os critérios de avaliação destoam entre diferentes candidatos, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. EXAME DE ORDEM. PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL. NÃO

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança n. 0012419-66.2010.4.01.4000/PI. Impetrante: Marcia Patricia de Sousa Lopes. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Piauí. Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. Brasília, DF, 10 de abril de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 20 abr. 2012, p. 502.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança n. 0003220-90.2009.4.01.3600/MT. Impetrante: Moacir Marques Penteado. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Mato Grosso. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 10 de julho de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 20 jul. 2012, p. 708.

OBSERVÂNCIA DA ISONOMIA. ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. Cabe ao Poder Judiciário apenas a aferição da ocorrência de vícios de legalidade, e não julgar procedimentos de avaliação e correção das questões das provas subjetivas. 2. **Se demonstrado que houve tratamento desigual e contraditório na correção da prova prático profissional, aplicável a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), o que atrai a atuação do Poder Judiciário.** 3. Remessa oficial a que se nega provimento.²⁶ (grifamos)

Diante do posicionamento judicial ilustrado pelas decisões acima, o controle judicial incidente sobre as questões que compõe as provas o Exame de Ordem é bastante limitado, afigurando-se possível, conforme a jurisprudência dominante, apenas nos casos de erro material, quando se adentra ao mérito ao pretexto da legalidade, ou violação à isonomia entre os participantes. De um modo geral, porém, o exame judicial do mérito das questões é vedado, sob pena de violação à separação dos Poderes com a indevida incursão do Poder Judiciário nos atos da autoridade administrativa.

Por fim, no tocante às decisões possíveis sob o atual paradigma jurisprudencial, calha mencionar a hipótese em que o Tribunal – ainda que entenda caber a reforma da sentença por invasão dos critérios de correção havido em sede de liminar e confirmados na decisão de mérito, com a consequente atribuição de pontos e permissão para que o candidato mantenha-se no certame e inscreva-se nos quadros da OAB, logrando aprovação final – entende por manter o quanto decidido em atendimento a teoria do fato consumado, fundamentando que a inscrição do candidato nos quadros da OAB, ainda que sustentado por decisão provisória, com o decurso do tempo, gera a consolidação fática da situação. Não haveria, portanto, como alterar o contexto fático atual sob pena de malferir-se a segurança jurídica, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. EXAME DE ORDEM. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. ERRO GROSSEIRO. NÃO OCORRÊNCIA. ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FATO CONSUMADO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança n. 0005141-14.2010.4.01.4000/PI. Impetrante: Teresinha Osorio Pitombeira. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Piauí. Relator Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Brasília, DF, 7 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 1 fev. 2013, p. 651.

I - A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos Tribunais é no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário substituir-se aos membros de Banca Examinadora na formulação de questões e na avaliação dos critérios de correção, podendo, contudo, pronunciar-se acerca da legalidade do certame, inclusive, quanto à anulação de questão eivada de erro grosseiro, hipótese não ocorrida, na espécie. II - **No caso concreto, contudo, em virtude da situação fático-jurídico já consolidada, surgida após a impetração, resultante da aprovação do impetrante na segunda etapa do certame, de que participou por força da antecipação da tutela mandamental liminarmente deferida, encontrando-se, inclusive, no regular exercício profissional da advocacia, impõe-se a manutenção da estabilidade por ele adquirida, prestigiando-se, assim, os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica.** III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada, por outro fundamento.²⁷
(grifei)

O entendimento firmado pelas Cortes brasileiras parece pacificar uma questão inquietante, qual seja, a aparente instituição de uma terceira instância recursal nas provas de concursos e seleções públicas, ou o Exame de Ordem como o caso ora analisado. Afasta-se de plano, em regra, a pretensão do candidato de obter nova correção de sua prova pelo Poder Judiciário, por vezes pretendendo mesmo a flexibilização de critérios de modo a obter uma avaliação menos rigorosa.

Contudo, nos parece que o entendimento firmado pela Jurisprudência parte de uma premissa equivocada, qual seja, a insidicabilidade do mérito administrativo em face da discricionariedade do agente.

Ora, na lição de Miguel Seabra Fagundes, *na doutrina, as opiniões são concordes em que a natureza discricionária do ato não exige o agente administrativo da fidelidade aos fins explícita ou implicitamente previsto na lei*²⁸.

Odete Medauar, por sua vez, assenta de maneira perspicaz que:

Na linguagem corrente, inclusive usada na imprensa, ocorre confusão entre *discricionariedade* e arbítrio. Utiliza-se o termo “discricionário” com o sentido de “arbitrário”, abusivo. O estudioso do

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0005024-32.2010.4.01.3900/PA. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Luiz Carlos Gomes Rodrigues. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, DF, 19 de agosto de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 23 set. 2012, p. 502.

²⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos do Poder Judiciário. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88, nota n. 137.

direito administrativo deve descartar tal acepção no âmbito dessa matéria, pois aí o termo se reveste de significativo diverso.²⁹

Com efeito, como leciona Canotilho, mesmo diante de maior liberdade para discricionariedade do agente, este deverá se filiar, em última instância, aos direitos, garantias e liberdades do administrado, sendo certo que não há ato discricionário absoluto, *verbis*:

A vinculação dos actos de governo pelas normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias insinua já uma ideia fundamental a reter nessa problemática. Quanto mais ténue for a vinculação da administração à lei (como no caso de actos de governo), tanto mais forte é a sua vinculação imediata pelos direitos, liberdades e garantias. Assim, os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, *medidas de valoração* decisivas quando a administração tem de densificar *conceitos indeterminados* (<<segurança pública>>, <<sigilo>>, <<segredo de Estado>>, <<segurança do Estado>>). Da mesma forma, quando a administração pratica actos no exercício de um *poder discricionário*, ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Aqui, dada a frouxa pré-determinada da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração. Desta forma, a violação da lei constitucional, sobretudo a violação das normas constitucionais consagradas de direitos, liberdades e garantias pode originar *invalidade* de actos administrativos com o conseqüente recurso contencioso.³⁰

Portanto, a mera alegação de que o mérito administrativo de questões de provas e concursos públicos são insindicáveis pelo Poder Judiciário, sob pena de se malferir a repartição dos poderes, não parece suficiente. Como visto, os atos administrativos, mesmo os discricionários, vinculam-se, ainda que em última instância, aos direitos, garantias e liberdades dos administrados, individual ou coletivamente.

Nesse sentido, há que se investigar a seguinte questão: se o candidato do Exame de Ordem demonstra que uma questão encontra-se flagrantemente incorreta, considerando o atual estágio do ramo da ciência jurídica sob análise, ainda assim estaria invariavelmente impossibilitado de questionar judicialmente a alternativa eleita, a perfeição do enunciado ou o atendimento de um quesito na prova prático-profissional?

²⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 446.

Como visto, o Exame de Ordem é composto por duas fases distintas, a saber, a prova objetiva e a segunda etapa dissertativa, na qual o candidato deve, conforme a atual regulamentação, alcançar 40 pontos na primeira e nota 6,0 na segunda.

Finda a primeira etapa, o candidato dispõe do prazo de três dias para interposição do recurso administrativo³¹, ao que, ser-lhe-á franqueado acesso às respostas aos recursos interpostos, bem como a nota final e definitiva no certame.

Nessa ocasião, muitas ações ordinárias ou mandados de segurança são intentados por candidatos visando à anulação de questões objetivas e a garantia de manutenção no certame, para realização da segunda etapa.

Ao final da segunda fase, de caráter discursivo constituída por uma peça prático-profissional e quatro questões discursivas³², o candidato conta, igualmente, com prazo de três dias para interpor recurso em face das respostas informadas em cotejo com o padrão oficial formulado pela banca.

Ao final, fornecidas as respostas aos recursos administrativos interpostos, de caráter irrecorrível, é homologado o resultado final do certame.

Nessa fase, alguns candidatos igualmente intentam medidas judiciais buscando a reavaliação dos quesitos que compuseram a prova, quer argumentando o atendimento conforme o padrão oficial, a desnecessidade daquele item, eventual divergência doutrinária ou jurisprudência, ou a mera irresignação desfundamentada, decorrente da reprovação final no certame.

Contudo, diante desse quadro, acaso comprovada de plano a existência de equívoco na avaliação, estaria o juiz autorizado a alterar a nota do candidato a fim de declará-lo apto a realizar a segunda fase ou aprovado no certame? Ou, de fato, o mérito administrativo da formulação das questões e da aplicação dos critérios de

³¹ Informações obtidas do edital no IX Exame de Ordem Unificado, disponibilizado no sítio oficial do Conselho Federal da OAB para o exame, acessado através do link <http://img-<oab.fgv.br/270/Edital%20do%20IX%20Exame%20de%20Ordem%20Unificado.pdf>>, em 15 fev. 2013.

³² *Idem.*

correção estaria além do controle jurisdicional, por tratar-se de decisão discricionária da banca examinadora?

Pois bem, sabe-se que as questões de provas e concursos devem condizer com o atual estágio das ciências, da técnica e das artes³³. Do contrário, os critérios para a avaliação científica, técnica ou artística seriam obscuros a pontos de imprimir o conceito pessoal do avaliador, de subjetivismo exacerbado e livre de qualquer controle.

Portanto, partiremos da hipótese de que é possível que uma questão de prova de concurso ou seleção pública, como no caso o Exame de Ordem, contenha de fato um erro material, admita diferentes respostas, fuja do conteúdo programático do certame ou, ainda, simplesmente seja controversa a ponto de prejudicar a percepção do examinando, como sói de acontecer em todos os ramos das ciências, mormente quanto à ciência do Direito.

Em assim sendo, cabe registrar apontamento do professor Marçal Justen Filho no seguinte sentido:

Não se pode rejeitar o controle sobre a decisão do concurso mediante o argumento de um “poder discricionário” ilimitado da banca examinadora. É evidente que existem situações que comportam margem mais acentuada de avaliação discricionária, tal como se passa com provas orais. Mas isso não significa que o controle seja incabível.³⁴

Ora, no caso em apreço, a aprovação em Exame de Ordem constitui condição para o ingresso nos quadros da ordem e, conseqüentemente, o exercício da advocacia.

Nesse sentido, caso o candidato reprove em face da avaliação equivocada de eventual questão eivada de vício, por certo submergirão lesões a diversos direitos e garantias de ordem constitucional, como ao livre exercício profissional e à isonomia dentre os participantes de seleção pública. Portanto, é razoável supor que o Poder Judiciário pode, em certa medida, averiguar a existência de vícios na avaliação, com suporte na garantia constitucional de que a lei não excluirá da

³³ SILVA, *op. cit.*, p. 265.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 8 ed, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 867.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Resta perquirir, portanto, a natureza da definição do programa e critérios de avaliação, os limites da sindicabilidade judicial das questões do Exame de Ordem e o meio jurisdicional cabível, bem como meios processuais de produção probatória necessários a se averiguar o efetivo vício na questão avaliada.

3. DA HIPÓTESE DE SINDICABILIDADE JUDICIAL DO EXAME DE ORDEM

3.1 – Discricionariedade administrativa versus ‘discricionariedade’ técnica (ou aplicação de conceitos jurídicos indeterminados).

Como visto, a jurisprudência pátria atribui à banca examinadora o juízo de discricionariedade para definição do conteúdo programático do exame, bem como para a formulação das questões, quesitos de avaliação e distribuição de pontos. Contudo, resta questionar se, corretamente, tais atribuições se enquadrariam no conceito de discricionariedade administrativa.

Para Odete Medauar, a discricionariedade é a *faculdade conferida a autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis*³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello, na mesma linha, dispõe:

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 vertente.³⁶

Portanto, a discricionariedade administrativa está relacionada aquela margem de escolha que o agente usufrui para eleger a melhor solução ao caso concreto, conforme os limites decorrentes da lei. Diante desse conceito, seria então esse o caso das questões de Exame de Ordem.

Pois bem, de fato, a banca examinadora goza de certa liberdade para a definição do conteúdo programático do certame, além da própria distribuição das questões conforme a concentração dos diferentes ramos do direito avaliados e necessários para o exercício profissional.

³⁵ MEDAUAR. *Op. cit.*, p. 113.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29, ed., São Paulo: Malheiros, 2012. p. 988/989.

A Lei n. 8.906/94, a seu turno, limita-se a afirmar que o Exame de Ordem será regulamentado por provimento do Conselho Federal da OAB. Assim, a lei confere à entidade a competência para fixar os termos da avaliação, nortear o conteúdo programático das provas e distribuí-lo da melhor forma possível a cada edição, de modo a aferir os conhecimentos necessários ao exercício da advocacia.

Conforme citado acima, o Provimento n. 144/2011 do Conselho Federal da OAB disciplina que o conteúdo das provas do Exame de Ordem contemplará as disciplinas do Eixo de Formação Profissional, definido pelo órgão competente do Ministério da Educação, de Direitos Humanos, do Estatuto da Advocacia e da OAB e seu Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, podendo contemplar disciplinas do Eixo de Formação Fundamental, igualmente disciplinado por normativo expedido pelo Ministério da Educação³⁷. Ademais, normatiza que a prova objetiva conterà, no mínimo, 15% (quinze por cento) de questões versando sobre Estatuto da Advocacia e da OAB e seu Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina e Direitos Humanos.

Do exposto, conclui-se que, sim, para a definição do programa de avaliação e distribuição das questões nas provas, conforme a concentração de cada ramo do direito, a banca examinadora está no regular exercício de seu poder discricionário, pois livre para escolher a melhor solução conforme a conveniência, oportunidade e conteúdo³⁸.

Portanto, nesse particular, eventual controle judicial sobre o conteúdo programático previsto em edital, ou mesmo da quantidade de questões de prova dedicadas a cada ramo do direito, estaria circunscrito à sua conformidade com os limites legais. Ora, por óbvio incluir questões sobre urbanismo, estatística, história medieval ou mecânica dos fluidos destoaria da finalidade do instituto em si, a saber, a aferição da aptidão técnica do pretendente advogado.

De outra banda, questionar que um número demasiado de questões foi dedicado ao ramo do Direito Constitucional, Processual Civil, Penal etc., já afastaria

³⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Sítio oficial do Ministério da Educação do Brasil. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em 18 fev. 2013.

³⁸ MEIRELLES. *Ob. cit.*, p. 118.

o controle judicial, em princípio, por constituir decisões fruto da liberdade de atuação da banca conforme encarar a necessidade de domínio do candidato de tais ou quais conteúdos para inscrição nos quadros da OAB.

Assim, nos parece que, em tais atribuições, a banca estaria no clássico exercício da discricionariedade administrativa, constituindo suas decisões o mérito administrativo do certame, a ser controlado pelo Poder Judiciário com a devida parcimônia.

Contudo, a formulação das questões em si, com a eleição da alternativa correta, a perfeição lógico-conclusiva do enunciado, a distribuição de pontos conforme os itens que compõe as questões discursivas, não nos parece enquadrar-se no conceito de discricionariedade, pois não se trata da livre escolha do agente administrativo quanto à melhor decisão.

Ora, a banca examinadora não pode prescrever como alternativa correta uma questão que, por exemplo, enuncie que a doutrina, como fonte do Direito, é o conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, ao fundamento de que é livre para escolher a melhor alternativa da questão. Uma absurda questão assim, por certo, seria nula, pois em desatendimento a toda construção científica do Direito e do quanto lecionado nos bancos universitários.

Assim, nesse particular, a banca examinadora não estaria no exercício de sua discricionariedade pura.

Para os administrativistas italianos, tal decisão estaria mais próxima à discricionariedade técnica, que seria a *escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados – técnicos ou científicos*³⁹.

No campo conceitual da discricionariedade técnica, necessário registrar advertência do professor Marçal Justen Filho, no sentido de que:

A expressão *discricionariedade técnica* difundiu-se na doutrina, mas o conceito a que se refere “não apresenta propriamente nada de discricionariedade e que é assim denominada por um erro histórico

³⁹ MEDAUAR. *Ob. cit.*, p. 117.

da doutrina". Ou seja, nunca poderia ser confundida com a discricionariedade pura ou administrativa.

Nos casos de discricionariedade técnica, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. O silêncio legislativo sobre a solução cabível resulta de outras razões. A norma legal estabelece parâmetros normativos gerais. A Administração disporá de autonomia para decidir, mas a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada.⁴⁰

Assim, a discricionariedade técnica, que não é discricionariedade em sua forma classicamente concebida, não é liberdade plena e livre de controles. Tem parâmetros, sim, contudo nos juízos técnico-científicos alheios ao conhecimento das casas legislativas, por mais heterogênea e multidisciplinar que seja.

E no caso da formulação de questões de provas de concursos e seleções, tal qual o Exame de Ordem, não é diferente. Ora, a ciência do Direito, tal como posta na avaliação, ainda que objetive a aferição de competências profissionais, não deixa de ser uma ciência em sua essência, como *conjunto de conocimientos racionales, ciertos o probables, obtenidos metódicamente, sistematizados e verificable, que hacen referencia a objetos de una misma naturaleza*⁴¹.

Assim, a formulação de questões e eleição da alternativa correta encontra balizas na ciência jurídica, conforme construída, devendo estar conforme o atual estado da técnica.

Sobre o ponto, calha citar apontamento do professor Fábio Osório no tocante à limitação da discricionariedade técnica da banca examinadora na medida da ciência jurídica como parametrização das questões e respostas eleitas, *verbis*:

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

⁴⁰ JUSTEN FILHO. *Ob. cit.*, p. 217.

⁴¹ ANDER-EGG, Ezequiel. *Introducción a las técnicas de investigación social: para trabajadores sociales*. 7 ed. Buenos Aires: Humanitas, 1978, p. 15.

A discricionariedade é técnica, insista-se, porque balizada pela Ciência e pelas fontes formais do Direito. No caso dos concursos jurídicos, é a Ciência Jurídica que deveria dar os limites da discricionariedade administrativa, juntamente com as fontes de produção do Direito. É isso que se solicita dos candidatos: conhecimento científico e conhecimento das fontes.⁴²

Nesse sentido, é possível o controle judicial da decisão em cotejo com o quanto aceito pela comunidade científica, o que estabelece, portanto, os limites da liberdade da banca examinadora para a avaliação técnica do examinando pretendente à inscrição nos quadros da OAB. Contudo, como ciência, faz-se necessário, desde já, adiantar sobre a limitação de competências do magistrado em adentrar ao mérito da ciência do Direito, pois, ainda que um estudioso do Direito, na qualidade de julgador é um profissional, um órgão do Estado, não um acadêmico. Nesse particular, voltaremos mais adiante no tocante aos meios processuais e de produção probatória cabíveis a ensejar tal controle.

Em estreita relação à advertência feita por Justen Filho, já citada, o professor Almiro do Couto e Silva, do alto de sua percuciência, relaciona o conceito italiano de discricionariedade técnica com a doutrina alemã de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados⁴³.

O citado professor conclui, então, que a hipótese de controle judicial de questões de provas de concursos e seleções públicas justifica-se em face da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pois a banca examinadora, conquanto não aja vinculada à norma, encontra-se abalizada para formulação de questões e eleição das respectivas respostas ao juízo técnico-científico, senão vejamos:

Já se vê que o problema proposto escapa do campo da discricionariedade para situar-se adequadamente no da aplicação de «conceitos jurídicos indeterminados», como entende a doutrina e a jurisprudência alemãs contemporâneas, ou na impropriamente chamada «discricionariedade técnica», do direito italiano. Não se controverte, como observado, sobre conveniência ou oportunidade de ato administrativo, nem sobre escolha entre distintas

⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>. Acesso em 19 fev. 2013, p. 6/7.

⁴³ SILVA. *Op. cit.*, p. 275.

conseqüências jurídicas, todas possíveis dentro do quadro normativo, o que é, como já dissemos, típico dos atos discricionários. Está em debate o enquadramento de uma resposta, versando sobre afirmativa de caráter científico, técnico ou artístico, em conceito contido em norma de concurso público que exigia que tal resposta fosse correta em face do estabelecido pelo estado atual das ciências, da técnica e das artes.⁴⁴

Assim, a partir de tal constatação, colhe-se a autorização para o controle das questões pelo Judiciário, em face do monopólio jurisdicional que exerce, sob pena de malferir os direitos e garantias do candidato ao Exame de Ordem em face da não anulação de uma questão flagrantemente equivocada.

Contudo, como o Judiciário deve exercer tal controle? O magistrado poderá, por si só, realizar o cotejo das questões, instituindo-se qual verdadeira banca recursal, para definir, ao final, se o candidato deve ou não ser considerado aprovado no certame, inclusive determinando sua imediata inscrição nos quadros da OAB?

No caso do Exame de Ordem, é provável que o magistrado se sinta confortável em rediscutir o mérito da avaliação, uma vez que o grau de bacharel é condição para o exercício da magistratura. Portanto, é necessário investigar os limites da atuação judicial para, enfim, traçar as possibilidades práticas de controle judicial do Exame de Ordem.

3.2 – Das formas e limites processuais para controle das questões de Exame de Ordem.

Conforme dito brevemente alhures, o Exame de Ordem, conquanto instrumento para aferir a aptidão técnico-profissional do pretendente à advocacia, cuida-se de exame cujo objeto é a ciência do Direito. Não é apenas um exame sobre rotinas de trabalho, e sim uma prova para aferir o grau de conhecimento do candidato sobre o Direito na condição de ciência, muitas vezes adentrando questões legais e jurisprudenciais, mas, igualmente, doutrinárias, quanto à construção de diversos institutos jurídicos ao longo da tradição romano-germânica que dá notas ao sistema jurídico brasileiro.

⁴⁴ SILVA. *Op. cit.*, p. 265.

Ainda que o magistrado sinta-se confortável em analisar o mérito das questões de prova formulada, até mesmo por ser eventualmente acadêmico no campo do Direito, como sói de ocorrer com muitos competentes magistrados altamente qualificados e que dedicam parte de seu tempo no magistério, enquanto julgador está investido em função estatal, não acadêmica.

Portanto, tratando-se de uma avaliação científica, faz-se necessária a nomeação de perícia técnica, a ser realizada por acadêmico de Direito de reconhecida produção científica, a fim de avaliar os parâmetros das questões e suas respostas.

Conforme nos ensina Arruda Alvim:

A perícia constitui-se numa forma de provar, por meio da qual pessoas especialmente capacitadas, em decorrência de conhecimentos especiais (técnicos ou científicos) que possuem, por ordem judicial e, de acordo com a sistemática da Lei 8.455/1992, que alterou a redação do art. 422, independentemente de compromisso, informam o juízo a respeito da ocorrência de determinados fatos, bem como o significado dos mesmos (parte narrativa da perícia e parte *conclusiva ou opinativa*, pela aplicação dos conhecimentos técnicos, ou científicos, sobre ditos fatos).⁴⁵

Insta registrar, ademais, a aceitabilidade de pareceres técnicos oferecidos em instrução à inicial, devidamente encomendados a acadêmicos de reconhecida produção científica⁴⁶, que mostrem-se suficiente ao deslinde da controvérsia sobre a questão. Necessário ressaltar ademais que, conquanto vigore em nosso sistema o princípio do livre convencimento judicial motivado, encartado no art. 93, IX, da Constituição Federal, o magistrado deverá sempre se cercar de toda a cautela no tocante à incursão no mérito das questões de prova.

Como dito, ainda que o magistrado seja um profundo conhecedor do sistema jurídico pátrio, objeto das avaliações em Exame de Ordem, necessário registrar a presunção de legitimidade e capacitação da banca examinadora. Essa banca, por sua vez, é constituída por profissionais de reconhecido saber jurídico, devidamente titularizados e com credencias acadêmicas que impõem a presunção de validade

⁴⁵ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p, 1027.

⁴⁶ ALVIM. *ob. cit.*, p. 1027.

das questões produzidas, como consectário da própria presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Portanto, não nos parece razoável que o magistrado, em um ato de produção singular e carente de outros fundamentos técnico-científicos, decida por anular uma questão de prova ou atribuir nota ao candidato prescindindo da necessária perícia científica. Repisa-se, o magistrado, conquanto profissional com reconhecida qualificação jurídica, na função jurisdicional é um órgão do Estado, não um acadêmico do Direito. Portanto, nos parece de extrema prudência, inclusive visando subsidiar a decisão e, via de consequência, afastar eventuais nulidades, que o magistrado sempre reconheça a necessidade de produção de prova pericial quando da análise do mérito de questões de provas e seleções públicas, ainda que a solução pareça simplória e o vício aparente.

Tal medida importa mesmo no respeito à legitimidade da banca examinadora nomeada, bem como na devida separação dos Poderes, fundamento usual na atual jurisprudência sobre o tema, sob pena de substituir uma banca composta por diversos acadêmicos e cientistas do Direito por um único examinador-juiz. Ademais, afasta-se a eventual possibilidade de mera substituição dos critérios da banca pelo do julgador, num juízo de mera razoabilidade. Nesse particular, adverte José dos Santos Carvalho Filho:

Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro de *standards* de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador por seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais.⁴⁷

A necessária instrução pericial da demanda judicial sobre questões de prova encontra guarida num caso curioso, atualmente com repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal. Cuida-se do Recurso Extraordinário n. 632.853⁴⁸,

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 14. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 27.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 632.853. Recorrente: Estado do Ceará. Recorrido: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e outros. *Amicus Curiae*: União. Íntegra do processo disponível no sítio oficial do STF:

oriundo do Estado do Ceará, no qual se discute a constitucionalidade da análise judicial de questões de concurso.

No presente caso, originariamente, um grupo de candidatos ao concurso para provimento do cargo de enfermeiro na estrutura do Governo Estadual ingressou com ação ordinária visando a anulação de questões objetivas da prova do concurso. Questionou-se o cabimento de alguns conteúdos para a prova em questão, ao argumento de que estariam além do conhecimento exigível para o caso, bem como a divergência doutrinária entre as questões e a bibliografia indicada no edital do certame.

Em sede de sentença, o juízo de origem, cotejando as questões suscitadas com a doutrina pertinente, lembre-se, em concurso para provimento do cargo de enfermeiro, declarou nulas 8 (oito) questões da prova objetiva, atribuindo a respectiva pontuação aos autores.

Merece registro, a título exemplificativo, a insólita conclusão em algumas questões que desafiam conhecimento próprio da área avaliada, a qual o magistrado julgou-se apto a reconsiderar com fundamento nos excertos de doutrina que instruíram a ação, *in verbis*:

2.6. QUESTÃO 39

A questão de nº 39 assim prescreve:

39. Sr. T.O.A. é portador de hanseníase Virchowiana e compareceu à Unidade Básica de Saúde da Família para uma consulta de rotina. Em relação à hanseníase, assinale a alternativa **incorreta**:

- a) Os indivíduos com hanseníase Virchowiana apresentam reação de Mitsuda negativa.
- b) A forma Virchowiana é multibacilar.
- c) As lesões iniciais da hanseníase Virchowiana apresentam alterações de sensibilidade.
- d) A forma Virchowiana é contagiosa.
- e) No estágio mais tardio: da hanseníase Virchowiana é comum a ginecomastia e a atrofia testicular.

*(Destaques Originais)

De acordo com a Banca Examinadora, a opção incorreta era a descrita na letra “c”.

Os impetrantes, contudo, afirmaram que:

O item “c” proposto como incorreto no gabarito, incide em um grande desconexo quando se trata da patologia hanseniana, visto que em qualquer tipo ou forma: **‘na hanseníase, as lesões de pele**

sempre apresentam alterações de sensibilidade. Esta é uma característica que as diferencia das outras doenças dermatológicas', conforme Guia para Controle da Hanseníase [...]

*(Destaques Originais)

Conforme o introdutório do documento de fl. 249, "a hanseníase manifesta-se através de sinais e sintomas dermatológicos e neurológicos que podem levar à suspeição diagnóstica da doença".

No quadro situado à fl. 250, vislumbra-se que tais manifestações neurológicas são comuns em todas as formas clínicas da doença, dentre as quais podemos destacar a perda de sensibilidade termoanalgésica.

Nesse passo, não se pode afirmar que incorreto esteja o item em liça, pois, conforme afirmado pelos Autores devidamente alentados na doutrina pertinente, é justamente a alteração de sensibilidade uma das características fundamentais que diferenciam a hanseníase das demais doenças dermatológicas.

Portanto, incoerente foi a decisão da Banca Examinadora, de sorte que deve ser a questão devidamente anulada.⁴⁹

Como visto, o próprio magistrado, com fundamento da doutrina juntada aos autos pelos autores, resolveu o mérito para declarar a nulidade da questão, prescindido da prova pericial. Considerando o grau de especialidade do enunciado e das alternativas, sobre matéria técnica própria à profissão de enfermeiro, talvez a decisão do magistrado desacredite a banca examinadora legitimamente constituída pelo Estado para formulação dos critérios de avaliação.

Tal decisão, ainda que tangencialmente, contraria a separação das funções de Estado, pois o controle judicial dos atos administrativos, de fato, demanda o exaurimento da dilação probatória própria a demonstrar seu desacerto.

Cabe ressaltar que a decisão em questão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará⁵⁰, e os autos encontram-se, atualmente, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e conclusos ao Relator, Ministro Gilmar Mendes, para julgamento do Recurso Extraordinário.

Da mesma forma que o caso apresenta-se insólito pela incursão do magistrado em matéria totalmente alheia à sua formação profissional, a incursão

⁴⁹ ESTADO DO CEARÁ. 6ª Vara da Fazenda Pública. Ação Ordinária n. 2006.0009.5822-0. Autores: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros. Réu: Estado do Ceará. Fortaleza, CE, 18 de maio de 2007, publicado no Diário de Justiça do Estado, n. 102, fls. 27, de 24 mai. 2007.

⁵⁰ ESTADO DO CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 72364-18.2006.8.06.0001/1. Recorrente: Estado do Ceará. Recorrente: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros. Recorridos: as mesmas partes. Fortaleza, CE, 7 de janeiro de 2009, publicado no Diário Eletrônico de Justiça de 5 fev. 2009.

direta do julgador em questões de concursos e seleções jurídicos também deve apresentar tal estranheza. O Direito, enquanto ciência, demanda a análise das questões sob o viés acadêmico, não sob o pragmático próprio à rotina judiciária, o que, por prudência, demanda a produção da devida prova pericial, tal como o magistrado certamente se valeria em se tratando da análise judicial de questões cujas matérias orbitem outras ciências, como a geologia, engenharia, medicina etc.

Ademais, cumpre ressaltar a linha tênue que ocorre no âmbito das avaliações discursivas, em que há um maior grau de subjetividade do examinador em face da adequação das respostas ao padrão oficial da banca, em que se torna mais fácil a ocorrência da mera substituição entre o conceito da banca pelo do magistrado ao juízo de uma suposta razoabilidade, como registrado por José dos Santos Carvalho Filho⁵¹.

Valiosa a lição de Almiro do Couto e Silva no particular:

No tocante às provas dissertativas existirá, necessariamente, na generalidade dos casos, um espaço, margem ou «área de apreciação» de que goza a Administração Pública, área que, em princípio, não existe quando se trata de prova dita objetiva. O reconhecimento da existência de uma «área de apreciação» quer significar que o controle jurisdicional, em tais situações, é limitado, o que vale dizer que o juiz não poderá substituir os critérios de correção adotados pela banca ou comissão examinadora pelos seus próprios critérios, desde que aqueles se mostrem razoáveis.⁵²

Igualmente, portanto, as questões que compõem a prova prático-profissional do Exame de Ordem, de natureza discursiva, exigem uma cautela especial em sede de controle judicial de sua adequação.

Eventualmente, pode-se aferir a existência de algum excesso ou atecnia no enunciado ou no padrão de respostas eleito pela banca. Contudo, a apuração de tal equívoco deve estar mais cercada ainda de cautelas. O magistrado não pode afastar a aplicação de um ou outro quesito de avaliação simplesmente com base na razoabilidade, sob pena de esvaziar o quanto proposto pela banca examinada.

⁵¹ CARVALHO FILHO. *Ob. cit.*, p. 27.

⁵² SILVA, *ob. cit.*, p. 264.

Há casos, porém, que justificam um controle mais acentuado do Judiciário, como quando a essência da resposta apresentada por um candidato encontra similitude com a resposta oferecida por outro examinando, paradigma, quando, então, o julgador contará com um parâmetro para a constatação de eventual quebra da isonomia entre os participantes. Nesse sentido, acrescenta o professor Marçal Justen Filho:

É perfeitamente possível que o candidato demonstre o vício do motivo mediante a demonstração de que o examinador reservou tratamento distinto para outro candidato. Não se pode admitir como válido que o examinador adote critérios distintos para avaliar provas equivalentes – reputando, por exemplo, correta a resposta adotada por um candidato mas incorreta a manifestação substancialmente idêntica apresentada por outro.⁵³

Portanto, o controle judicial das provas dissertativas devem ser realizadas com certa parcimônia, sob pena de o magistrado trocar os conceitos de avaliação da banca pelos seus próprios. O crivo do examinador sobre se determinada resposta oferecida pelo candidato guarda consonância com o que se esperava no padrão de respostas é bem amplo.

Assim, não é possível que o magistrado elasteça os critérios de avaliação a fim de amoldá-los à resposta oferecida, ou mesmo imprima sua própria interpretação da resposta para considerá-la conforme ao quanto exigido pela banca. Por exemplo, o magistrado não poderia extrair da resposta do candidato que a referência normativa a determinada questão, conquanto transcrita corretamente, foi citada com equívoco. Em outras palavras, suponha-se que o candidato transcreveu corretamente o art. 5º, I, da Constituição Federal, mas se referiu ao dispositivo como sendo o art. 5º, L.

Se a banca considerou que o quesito em análise não foi atendido, não cabe ao magistrado realizar uma interpretação extensiva para alcançar a motivação inicial do candidato, a ponto de suprir o erro material de transcrição. Tal avaliação de mérito, sim, se enquadra na área de apreciação⁵⁴ que a banca gozará para atribuir pontuação aos candidatos, cuja sindicabilidade judicial encontra um limite mais estreito.

⁵³ JUSTEN FILHO. *Ob. cit.*, p. 868.

⁵⁴ SILVA. *Ob. cit.*, p. 273.

Em contrapartida, demonstrada a diferenciação de critérios entre dois, constatada através de prova pericial, mostra-se possível adequar a nota do candidato a fim de sanar a violação à isonomia dos participantes.

Em casos como o acima apresentado, de violação à isonomia do certame, cabe ainda ressaltar que a possibilidade de o examinador determinar à própria banca examinadora a correção do aparente desvio de avaliação, como sói de ocorrer em alguns casos em que a própria banca, em cumprimento à decisão liminar, reconhece o equívoco material e adequa a nota do participante. Esse proceder resguardaria a autonomia da banca examinadora e abriria vistas à autotutela de reformar suas decisões equivocadas, ainda que assinaladas em sede de liminar deferida.

Ademais, necessário registrar a possibilidade de as respostas do paradigma estarem em desconformidade com o padrão de respostas formulado pela banca examinadora e, por algum equívoco, ser pontuada. Nesses casos, por óbvio, é devida a adequação daquela resposta em desconformidade com o gabarito, e não a repetição de um erro material ao pretexto da isonomia.

Esse entendimento, inclusive, já fora declinado na jurisprudência, *litteris*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA DE CONTROLE EXTERNO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES. CARACTERIZAÇÃO DE ERRO MATERIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO CARACTERIZADO. 1. As questões impugnadas abordaram tema dissociado da matéria referente a Direito Processual Civil, eis que o conteúdo programático nelas abrangido não estava previsto nas normas editalícias, tais como prova processual, partes do processo e substituição processual, dentre outras, restando incontestes a ocorrência de erro material a ensejar apreciação judicial na espécie. 2. 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 (sic)**. Se a Administração estivesse preocupada com a isonomia deveria anular as questões para todos os candidatos e não defender que pode "errar com a Impetrante porque errou com os demais". 3. Apelação e remessa oficial não providas.
(grifamos)⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0015570-07.2004.4.01.3400/DF. Apelante: Fundação Universidade de Brasília - FUB. Apelado: Lisie Alves da

Como demonstrado, portanto, as hipóteses de incidência do controle judicial nas questões discursivas do Exame de Ordem existem, tendo em vista a discricionariedade técnica da banca como limites no atual estágio da ciência jurídica. Contudo, é limitada em relação às provas dissertativas, em face do maior espectro de interpretação que a banca pode fazer em face da adequação da resposta oferecida pelo candidato.

De todo o exposto, nos parece que o controle judicial das questões de provas de concursos e seleções públicas, a exemplo do Exame de Ordem, ainda que possível pelas limitações da discricionariedade técnica, ou aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no atual estado das ciências, técnica ou artes⁵⁶, demanda uma forma processual própria, na qual a atuação julgadora do magistrado esteja devidamente alicerçada em exame pericial próprio.

Nesse tocante, ademais, cumpre ressaltar que a maioria massiva dos casos sobre questões de Exame de Ordem são levadas ao Judiciário pela via do Mandado de Segurança. A referida eleição talvez ocorra em vista dos prazos abreviados para apreciação do *mandamus*, pela urgência que normalmente caracteriza o instituto, ou mesmo pela modicidade das custas e a ausência de condenação em honorários.

Contudo, conforme o regramento do *writ*⁵⁷, sob esse rito não se admite a produção de provas, fundamento que se extrai da jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. NECESSIDADE DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. O mandado de segurança é ação de rito célere, de cognição sumária, que não admite dilação probatória, devendo o direito líquido e certo exsurgir límpido e inquestionável no momento da impetração.

Cunha Campanaro. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, DF, 8 de agosto de 2007. Publicado no Diário de Justiça de 21 set. 2007, p. 84.

⁵⁶ SILVA, *ob. cit.*, p. 264.

⁵⁷ BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Sítio oficial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

2. In casu, o recorrente não fez prova de que deixara de usufruir as licenças-prêmio pleiteadas em razão de necessidade de serviço, comprovação essa que seria necessária para a aferição do alegado direito líquido e certo.

3. Agravo regimental não provido.⁵⁸
(grifei)

Ademais, adverte Silva que:

(...) na generalidade dos casos, a apuração da correção ou incorreção do gabarito não dispensará o auxílio de peritos, o que torna inviável, já se vê, a utilização do mandado de segurança para discutir questões da natureza da que estamos examinando.⁵⁹

Portanto, a exigência da pré-constituição de prova documental e a inviabilidade da dilação probatória, em face da cognição sumária peculiar ao rito, inviabiliza a impetração de mandado de segurança em face das questões de Exame de Ordem, notadamente pela necessidade de dilação probatória pericial.

Diante disso, exsurtem outras questões de merecida consideração quanto à efetividade do controle judicial das questões de exame de ordem diante da sabida mora crônica do Poder Judiciário. Ora, caso o candidato dependa da declaração judicial de anulação de uma questão para participar da segunda fase do exame, prova prático-profissional, eventual mora judicial poderá importar na perda superveniente do objeto, pois a declaração de nulidade poderia se dar em momento posterior à aplicação desta etapa.

Para esses casos, é possível que o magistrado assegure ao autor, em sede de liminar, a participação nas demais etapas da prova, condicionando sua inscrição nos quadros da OAB à decisão com trânsito em julgado. Em tal solução, o magistrado afasta o perecimento do direito e assegura a efetividade da questão em caso de futuro provimento favorável, com arrimo no art. 273, I, do Código de Processo Civil Brasileiro⁶⁰.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 34.943/PA. Recorrente: Rudajá Dias Dantas. Recorrido: Estado do Pará. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 26 nov. 2012.

⁵⁹ SILVA. *Ob. cit.*, p. 272.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Sítio oficial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

Contudo, a inscrição do candidato nos quadros da OAB, caso logre aprovação na segunda fase, sempre dependerá da decisão final, não havendo que se falar em inscrição provisória, enquanto perdurar a discussão judicial. Isso por que, judicializada a questão e passível ainda de decisão definitiva, irá pairar sobre a avaliação do autor fundadas dúvidas sobre sua aptidão profissional. Apenas com o provimento final, transitado em julgado, afastar-se-ia a presunção de legitimidade dos atos produzidos pela banca examinadora, autorizando-se o ingresso do bacharel aos quadros da OAB.

Ademais, necessário considerar os efeitos dos atos praticados pelo advogado inscrito provisoriamente, no exercício profissional em defesa dos interesses de seu constituinte, acaso superveniente declarado reprovado no certame e cassada sua inscrição provisória.

Ora, conquanto os Tribunais pátrios, especialmente o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tenha aplicado a teoria do fato consumado à espécie, declarando que o decurso do tempo consolida a situação fática havida por força de decisão provisória, é certo que esse não constitui o entendimento mais recente esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao que se cita a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

SÚMULA 211/STJ. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO.

INAPLICABILIDADE.

1. É inadmissível Recurso Especial quanto à questão (arts. 54 e 55 da Lei 9.784/1999; art. 50, IV, "a", da Lei 6.880/1980; arts. 113, 301, §4º, e 219, §5º, do CPC; e arts. 2º, 6º, 145, 171, 177, 178, 194, 169 e 205 do CC), que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. "É pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual a aplicação da teoria do fato consumado em matéria de concurso público requer o cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos. **Tampouco se aplica a teoria do fato consumado em caso de situações amparadas por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação do efeito da tutela, não havendo que se falar em situação consolidada pelo decurso do tempo**" (AgRg no REsp 1263232/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 09/09/2011). No mesmo sentido: "Não se aplica a teoria do fato consumado nos casos em que o candidato permanece no certame por força de decisão judicial concedida a título precário. Precedentes" (AgRg no REsp

1018824/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2010). E ainda, entre outros: "**A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão precária**" (AgRg no Ag 1070142/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 09/03/2009).

3. Agravo Regimental não provido.⁶¹
(grifamos)

Portanto, eventual mora na análise das questões de Exame de Ordem se coloca no plano da eficácia da gestão judiciária. Não é possível transferir ao jurisdicionado tal responsabilidade, por confiar ação de seu interesse a advogado inscrito provisoriamente na OAB, ao risco de que essa inscrição seja cassada, ao final, diante de eventual desprovimento da pretensão revisora.

Em alguns casos de análise judicial de questões de concurso público, o Judiciário vem assegurando o direito de futura nomeação ao candidato, não determinando a sua nomeação em sede provisória, ao aguardo da decisão definitiva de mérito, como demonstra a ementa seguinte do Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO SUB JUDICE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE. INEXISTÊNCIA. RESERVA DE VAGA.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o candidato que permanece no certame por força de decisão judicial provisória não tem direito líquido e certo à nomeação, sendo-lhe assegurada apenas a reserva de vaga.

2. Agravo regimental não provido.⁶²

Embora o exercício da advocacia não seja necessariamente um cargo público na acepção mais técnica do termo, decerto constitui função pública, assim reconhecida pela Constituição Federal, cujo exercício é essencial à administração da Justiça. Não é razoável, pois, que tal incumbência seja exercida por advogado inscrito *sub judice*.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 236.688/CE. Agravante: Jucivaldo Leite da Silva. Recorrido: União. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 18 dez. 2012.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.221.586/MS. Recorrente: Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Gláucio Loureiro Ribeiro. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 17 de março de 2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 25 mar. 2011.

O exercício da advocacia toca os bens mais sensíveis da vida humana, quais sejam, a vida, o patrimônio, a liberdade, dentre tantos outros. Dessa forma, embora a advocacia seja uma atividade liberal por excelência, deve-se reconhecer, contudo, que o advogado tenha plena qualificação, atualmente aferida através do Exame de Ordem.

Assim, a ação judicial que versa sobre Exame de Ordem deve ser ultimada a fim de autorizar o requerimento de inscrição do candidato, caso procedente. Entretanto, nos parece que tal exigência encontra óbice na própria inviabilidade de realizar tal exame aprofundado em tempo razoável, ao que consideraremos a seguir.

3.3 Da inviabilidade prática do controle judicial. Desatendimento à razoável duração do processo.

Conforme aduzido até o momento, a doutrina sinaliza a possibilidade de controle judicial das questões de provas de concursos e seleções públicas, como no caso do Exame de Ordem, por tratar-se da discricionariedade técnica da banca, por sua vez, vinculada a balizas técnico-científicas que afastariam a liberdade plena para formular questões fora desse padrão.

Contudo, como demonstrado acima, a prudência, bem como a própria lealdade às instituições republicanas e à presunção de legitimidade da banca examinadora constituída, demandam cautela na análise levada a efeito pelo Judiciário do mérito das questões de concurso, a fim de não levar à *substituição do administrador pelo juiz*⁶³. Assim, é de bom alvitre a nomeação de perito, de reconhecida produção científica, para a aferição de equívocos na avaliação que ensejem sua revisão.

A exigência de dilação probatória, por sua vez, atrai o rito processual ordinário, reconhecidamente moroso.

Nesse sentido, calha registrar que o Provimento n. 144/2011 do Conselho Federal da OAB prevê a realização de três edições do exame por ano. Assim, muitos candidatos que pretendem a revisão judicial da correção de suas provas

⁶³ MEDAUAR. *Ob. cit.*, p. 410.

acabam por lograr aprovação superveniente em exame posterior, importando na perda do objeto daquela ação.

Cabe ressaltar, ademais, que a superveniência de aprovação ocorre mesmo nos casos de mandado de segurança, de rito abreviado, como demonstram as decisões a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. 113º EXAME DA ORDEM. RECURSO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. APROVAÇÃO EM EXAME POSTERIOR. INSCRIÇÃO REALIZADA. PERDA DO OBJETO SUPERVENIENTE. CARÊNCIA DO INTERESSE RECURSAL.

1. A aprovação de candidato em posterior exame da Ordem, que assegurou o direito de inscrição nos quadros da OAB, ou seja, à fruição in natura do direito obstaculizado e objeto desta impetração, circunstância que se traduz na perda superveniente do objeto, já que nesta impetração se discutia o direito líquido e certo ao ingresso nos quadros da OAB, São Paulo, denegada pela sentença recorrida, face ao malferimento à discricionariedade administrativa. Ressalvada as vias ordinárias no tocante a eventual reparação, providência estranha à via angusta.

2. Apelo do impetrante que não se conhece, reconhecendo-se carência de interesse recursal.⁶⁴

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO SEGURANÇA - EXAME DE ORDEM OAB-BA 2008.1 - APROVAÇÃO EM CERTAME POSTERIOR: PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR - QUESTÃO OBJETIVA ANULADA - EXIGÊNCIA DE CONHECIMENTOS DE DIREITO ELEITORAL: INOBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DO EDITAL DE INSCRIÇÃO.

1. Denega-se a segurança, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, se o impetrante obtém aprovação em Exame da OAB realizado posteriormente, porquanto desaparece o interesse de agir.

(...)

5. Peças liberadas pelo Relator, em 15/02/2011, para publicação do acórdão.⁶⁵

DIREITO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO NOTA. EXAME DE ORDEM. REMESSA NECESSÁRIA. APROVAÇÃO EM EXAME POSTERIOR. PERDA DO OBJETO.

I -Tendo sido noticiada nos autos a posterior aprovação da Impetrante em certame para ingresso nos quadros da OAB, verifica-

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.61.00.028354-6/SP. Apelante: Luiz Gaffo Filho. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo. Relator Juiz Convocado Roberto Jeuken. São Paulo, SP, 27 de novembro de 2008. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 13 jan. 2009, p. 655.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0008337-26.2008.4.01.3300/BA. Apelante: Maria Esther Pires e Silva e Outros. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Bahia. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 25 fev. 2011, p. 135.

se a perda do objeto, por superveniente falta de interesse de agir, de ação mandamental cujo pedido se resume à inscrição da candidata no referido Conselho.

II -Remessa necessária conhecida e provida, para reconhecer a perda do objeto da demanda, por motivo superveniente à impetração, com a extinção do writ, nos termos do artigo 267, IV, CPC.⁶⁶

EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS. INSCRIÇÃO. APROVAÇÃO POSTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR.

- Em sendo o objeto mediato do mandamus a inscrição nos quadros da Ordem, por meio da anulação de questão prático-processual, a aprovação em exame realizado posteriormente gera a perda superveniente do interesse de agir e, portanto, a extinção do processo sem julgamento do mérito.⁶⁷

Portanto, a análise das questões na forma ora exposta pode não se materializar pela inviabilidade material⁶⁸ de fazê-lo. Ademais, decisões favoráveis em sede de controle judicial de questões do Exame de Ordem poderiam ensejar o efeito multiplicador dos processos, transformando o Judiciário em verdadeira instância recursal para o certame, diante da falta de critérios dos candidatos em judicializar sua mera irresignação decorrente da reprovação legítima no certame.

Nesse sentido, Almiro Couto e Silva pontua, de forma assaz perspicaz, que:

A explicação, nunca confessada, dessa posição excessivamente conservadora dos nossos tribunais parece estar numa visão equivocada de política judiciária. A ampliação do controle jurisdicional sobre os concursos públicos é claro que aumentaria também, e de forma considerável, o trabalho do Poder Judiciário brasileiro, gerando número elevado de ações relacionadas, por exemplo, com os exames vestibulares realizados pelas universidades públicas, ou com as provas efetuadas para ingresso nas carreiras da magistratura, do ministério público ou das demais assim chamadas carreiras jurídicas, bem como para o provimento em cargos e empregos públicos qualificados como técnico-científicos.

Em muitas dessas ações teriam os juízes de apreciar questões de natureza científica ou técnica de considerável complexidade, o que lhes demandaria tempo, esforço e estudo para formar convicção sobre elas. Tudo isso entravaria ainda mais o funcionamento do nosso Judiciário, exatamente num momento em que uma de suas

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Remessa Necessária em Mandado de Segurança n. 2006.50.01.001868-0/ES. Impetrante: Luciana Cypreste Santos. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Espírito Santo. Relator Desembargador Federal Marcelo Pereira. Rio de Janeiro, RJ, 29 de janeiro de 2008. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 12 fev. 2008, p. 1399.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 2004.71.00.037822-5/RS. Apelante: Glaci Melchior. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. Porto Alegre, RS, 8 de junho de 2005. Publicado no Diário de Justiça de 13 jul. 2005, p. 554.

⁶⁸ JUSTEN FILHO. Ob. cit., p. 867.

grandes preocupações é a busca de fórmulas que reduzam o número imenso de ações com que se vê a braços, a grande maioria das quais tem como réu o Poder Público.

Nesse sentido, o entendimento Judiciário transparece uma preocupação velada de inundar as varas do país de ações versando sobre o conteúdo de provas de concursos.

Ademais, há de se reconhecer que, havendo a constituição de banca de reconhecida especialização e previstos instrumentos próprios de recurso administrativo, são excepcionais os casos em que procede a revisão do mérito das questões do Exame de Ordem. Na maioria das vezes, as ações são intentadas como aventuras jurídicas, baseada na mera irresignação desfundamentada do candidato e na pretensão de obter um elastecimento dos critérios de correção que beneficiem uma resposta incorreta, insuficiente ou incompleta.

Desse modo, o não conhecimento da matéria pela via do mandado de segurança, haja vista a necessária produção de prova, coibiria a impetração indiscriminada do instituto. Ademais, a exigência do pagamento de custas processuais e a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência para o ajuizamento da ação ordinária faria com que apenas as ações com fundamento substancial fossem intentadas, potencializando a eficácia do controle judicial.

Mesmo nesses casos, a excessiva demanda judicial impede que a análise de questões do Exame de Ordem ocorra em prazo suficiente, notadamente em face da instituição de perícia técnica, com os procedimentos e prazos próprios do Código de Processo Civil. Ainda assim, o controle judicial das questões do Exame de Ordem exige a observância do procedimento judicial próprio, a produção de prova robusta e o exaurimento da cognição judiciária, sob pena de malferir a separação dos poderes.

Infelizmente, a gestão processual no âmbito do Poder Judiciário dificulta a apreciação da análise de lesão ou ameaça à lesão em tempo hábil, fazendo com que, por vezes, a ação perca seu objeto pela aprovação superveniente do candidato, que permanece tentando lograr aprovação no certame no curso da discussão judicial.

Inobstante o controle judiciário afigure-se possível, em face dos limites da discricionariedade técnica da Banca, tal controle encontra um obstáculo endógeno por sua inviabilidade material, qual seja, o Judiciário não logra atender a razoável duração do processo a fim de afastar eventual lesão ao direito do candidato.

CONCLUSÃO

Da investigação realizada no presente trabalho, conclui-se que é perfeitamente possível, no plano doutrinário, que o Poder Judiciário exerça o controle judicial das questões do Exame de Ordem. Ora, a banca examinadora, na formulação dos critérios de avaliação, não está de todo livre a decidir conforme sua oportunidade e conveniência, devendo ater-se, portanto, às balizas impostas pelo Direito como ciência.

Inobstante, a jurisprudência brasileira tenha se acomodado em declarar a inscabilidade do mérito administrativo das questões de provas, em face do exercício da discricionariedade administrativa, que importa na liberdade do agente em escolher a melhor solução para o caso concreto, trata-se, em verdade, da discricionariedade técnica, ou da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos oriundos da doutrina italiana e germânica e acolhidos pela proficiente academia brasileira, a qual autoriza o controle judicial dos atos administrativos em face dos critérios técnico-científicos que devem parametrizar as decisões do administrador.

O referido controle judicial, por sua vez, desafia a produção de prova pericial, a ser realizada por acadêmico de reconhecida produção científica, haja vista a presunção de legitimidade das questões formuladas pela banca examinadora, oponíveis apenas mediante parecer fundamentado de cientista credenciado, e a fim de evitar a mera substituição do conceito da banca pelo conceito pessoal do magistrado. Em consequência, afasta-se o rito próprio do mandado de segurança, que oferece mais conforto ao candidato pela modicidade de custas processuais e ausência de condenação em honorários de sucumbência, mas inadmite dilação probatória e exige prova documental pré-constituída, insuficiente, por si, para descredenciar os critérios eleitos pela banca.

Por fim, insta registrar que a mora da entrega jurisdicional acarreta na inviabilidade prática do controle judicial das questões do Exame de Ordem. Em não raros casos, o autor da ação é aprovado em exame posterior ao judicialmente

questionado, o que acarreta na perda superveniente do objeto da ação. Ademais, o atual posicionamento jurisprudencial pátrio traduz uma tentativa velada de evitar a massificação dessas lides, notadamente em face da falta de critério de examinandos que apenas judicializam sua irresignação à mercê de fundamentos sólidos a questionar os critérios de correção, afastando o estigma de que o Judiciário seja apenas mais uma instância recursal de provas.

Assim, a gestão processual levada a efeito pelo Judiciário, e sua atual dificuldade em atender à razoável duração do processo, obstaculiza o pleno controle judicial das questões de Exame de Ordem, em face do oneroso e moroso procedimento para cognição, inobstante a discricionariedade técnica, ou a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, imponha limites judicialmente sindicáveis para atuação da banca examinadora.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANDER-EGG, Ezequiel. **Introducción a las técnicas de investigación social: para trabajadores sociales**. 7 ed. Buenos Aires: Humanitas, 1978.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Fábio Caldas. MEDINA, José Miguel Garcia. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Representação n. 49.0000.2012.007571-0/PCA, Representante: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Representado: Conselho Seccional da OAB/Piauí. Interessado: João Beltrami Hansen, Relator: Conselheiro Rafael de Assis Horn, Brasília, DF, 10 de dezembro de 2012, Diário Oficial da União, seção 1, 20/12/2012, p. 321.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Provimento n. 144, de 13 de junho de 2011. Dispõe sobre o Exame de Ordem. Sítio oficial do Conselho Federal da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/144-2011?search=144&provimentos=True>>. Acesso em 14 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Sítio oficial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Sítio oficial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 14 fev. 2013.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Sítio oficial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 18.559, relator Ministro Aliomar Baleeiro, Brasília, DF, 24 de setembro de 1968, publicado no Diário de Justiça de 10 nov. 1968, p. 4801.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026, requerente: Procurador-Geral da República, requerido: Congresso Nacional,

interessado: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relator Ministro Eros Grau, Brasília, DF, 8 de junho de 2006, publicado no Diário de Justiça de 29 set. 2006.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Sítio oficial do Ministério da Educação do Brasil. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em 18 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 603.583, recorrente: João Antônio Volante, recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, recorrido: União Federal, interessado: Associação dos Advogados de São Paulo, relator Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, DF, 26 de outubro de 2011, publicado no Diário de Justiça Eletrônico n. 102, em 25 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 632.853. Recorrente: Estado do Ceará. Recorrido: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e outros. *Amicus Curiae*: União. Íntegra do processo disponível no sítio oficial do STF: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3992645>>. Acesso em 19 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.221.586/MS. Recorrente: Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Gláucio Loureiro Ribeiro. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 17 de março de 2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 25 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 34.943/PA. Recorrente: Rudajá Dias Dantas. Recorrido: Estado do Pará. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 26 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 236.688/CE. Agravante: Jucivaldo Leite da Silva. Recorrido: União. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 18 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0033524-17.2000.4.01.3300/BA. Apelante: Guilherme Cardoso Pexoto. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Bahia. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, DF, 24 de maio de 2002. Publicado no Diário de Justiça de 10 jun. 2002, p. 111.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0006370-26.2002.4.01.3600/MT. Apelante: Joao Paulo Haddad Franco Dalia. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, DF, 25 de agosto de 2003. Publicado no Diário de Justiça de 15 set. 2003, p. 101.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 2001.33.00.021492-0/BA. Apelante: Luciano Freire de Carvalho Matos. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Bahia. Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Brasília, DF, 16 de setembro de 2002. Publicado no Diário de Justiça de 9 out. 2002, p. 102.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0015570-07.2004.4.01.3400/DF. Apelante: Fundação Universidade de Brasília - FUB. Apelado: Lisie Alves da Cunha Campanaro. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Brasília, DF, 8 de agosto de 2007. Publicado no Diário de Justiça de 21 set. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0006204-88.2006.4.01.3200/AM. Apelante: Antonio Costa e Outros. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Amazonas. Relator Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Brasília, DF, 15 de maio de 2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 25 set. 2009, p. 660.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0005361-67.2004.4.01.3500/GO. Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Goiás. Apelado: Cassio Martins Peixoto. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 24 de agosto de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 3 set. 2010, p. 321.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0008337-26.2008.4.01.3300/BA. Apelante: Maria Esther Pires e Silva e Outros. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Bahia. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2011. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 25 fev. 2011, p. 135.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança n. 0012419-66.2010.4.01.4000/PI. Impetrante: Marcia Patricia de Sousa Lopes. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Piauí. Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. Brasília, DF, 10 de abril de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 20 abr. 2012, p. 502.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança n. 0003220-90.2009.4.01.3600/MT. Impetrante: Moacir Marques Penteado. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Mato Grosso. Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 10 de julho de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 20 jul. 2012, p. 708.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0005024-32.2010.4.01.3900/PA. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Luiz Carlos Gomes Rodrigues. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, DF, 19 de agosto de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 23 set. 2012, p. 502.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0023423-76.2004.4.01.3300/BA. Apelante: Marcos Vieira Pinto da

Silva. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia. Relator Juiz Federal Convocado Carlos Eduardo Castro Martins. Brasília, DF, 2 de outubro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 19 out. 2012, p. 1576.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 0001308-09.2005.4.01.3500/GO. Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil. Apelado: Fernanda Reis Andrade Mendonca. Relator Juiz Federal Convocado Alexandre Buck Medrado Sampaio. Brasília, DF, 6 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 30 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Remessa *ex officio* em Mandado de Segurança n. 0005141-14.2010.4.01.4000/PI. Impetrante: Teresinha Osorio Pitombeira. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Piauí. Relator Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Brasília, DF, 7 de novembro de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 1 fev. 2013, p. 651.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Remessa Necessária em Mandado de Segurança n. 2006.50.01.001868-0/ES. Impetrante: Luciana Cypreste Santos. Impetrado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Espírito Santo. Relator Desembargador Federal Marcelo Pereira. Rio de Janeiro, RJ, 29 de janeiro de 2008. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 12 fev. 2008, p. 1399.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.61.00.028354-6/SP. Apelante: Luiz Gaffo Filho. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo. Relator Juiz Convocado Roberto Jeuken. São Paulo, SP, 27 de novembro de 2008. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 13 jan. 2009, p. 655.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação em Mandado de Segurança n. 2004.71.00.037822-5/RS. Apelante: Glaci Melchior. Apelado: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. Porto Alegre, RS, 8 de junho de 2005. Publicado no Diário de Justiça de 13 jul. 2005, p. 554.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

ESTADO DO CEARÁ. 6ª Vara da Fazenda Pública. Ação Ordinária n. 2006.0009.5822-0. Autores: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros. Réu: Estado do Ceará. Fortaleza, CE, 18 de maio de 2007, publicado no Diário de Justiça do Estado, n. 102, fls. 27, de 24 mai. 2007.

ESTADO DO CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 72364-18.2006.8.06.0001/1. Recorrente: Estado do Ceará. Recorrente: Tereza Maria Carvalho Pinheiro e Outros. Recorridos: as mesmas partes. Fortaleza, CE, 7 de janeiro de 2009, publicado no Diário Eletrônico de Justiça de 5 fev. 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos do Poder Judiciário**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das Nulidades do Ato Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

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

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

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **O Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Os Limites da Discricionariedade Técnica e as Provas Objetivas nos Concursos Públicos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, abril/maio/junho de 2010. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-FABIO-OSORIO.pdf>. Acesso em 19 fev. 2013.

RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da Advocacia**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.